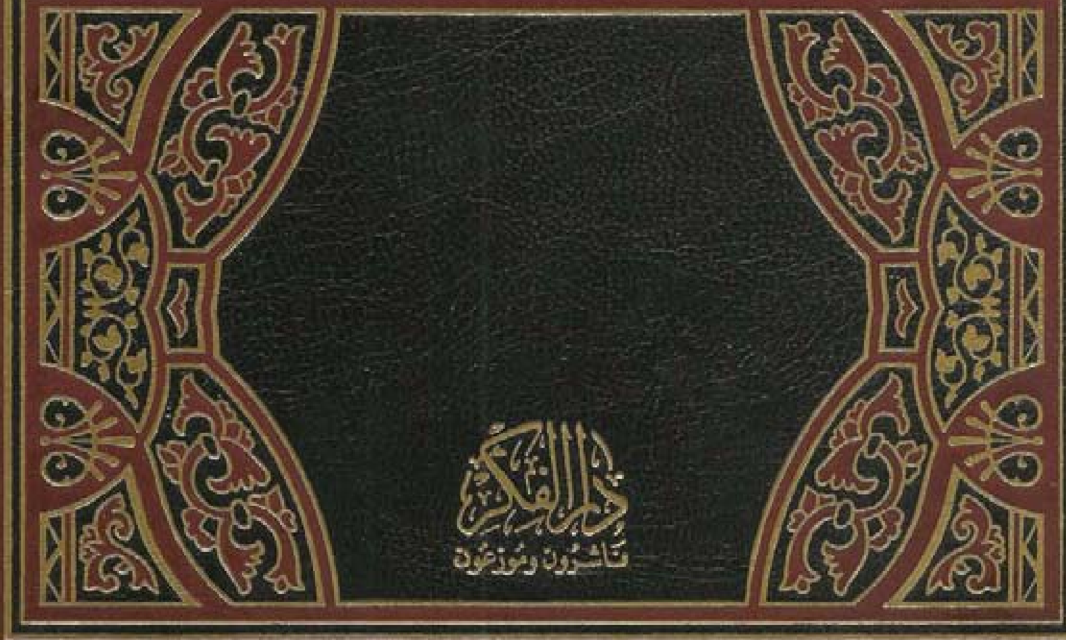
شرح قانون الأحوال الشخصية

أ. د. محمود علي السرطاوي
كلية الشريعة - الجامعة الأردنية





شَرْحُ

قَانُونُ الأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّة

رقـــــم التــصنيف : 341.565
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية:1996/1/150
الـمـؤلف ومن هـو في حـكـمـه : محمود السرطاوي
عـــنــوان الـكـتـــاب : شرح قانون الأحوال الشخصية
الـواصـــفـــات : /قانون الأحوال الشخصية/
بـيـانـات النـشـــر: عمان: دار الفكر، 2007

تم إعداد بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية من قبل دائرة المكتبة الوطنية

الطبعة الثالثة
2010م-1431هـ



سوق البتراء (الحجيري) – هاتف 4621938
فاكس 4654761 ص.ب 183520 عمان 11118 الأردن

Hussein Mosque
Tel. 4621938 Fax: 4654761
P.O Box: 183520 Amman 11118 Jordan

شرح قانون الأحوال الشخصية

أ.د. محمود علي السرطاوي
كلية الشريعة - الجامعة الأردنية

الطبعة الثالثة
2010م-1431هـ
مزيدة ومنقحة ومعدلة حسب القانون



ناشرون وموزعون

الإهداء

إلى طلاب العلم والمعرفة الباحثين عن الحق الذين يستعذبون الصعب قصد التفقه في الدين السائرين على درب السلف جمعاً بين العلم والعمل.

إلى كل زوج وزوجة وكل شاب وفتاة يحلم بدفء الحياة الزوجية التي تغمرها المودة والرحمة.

إلى والدي العزيزين - أمد الله في عمرهما - اللذين ربياني على الخير والفضيلة

إلى شريكة حياتي أم اياد وفاءً بحقها عليّ .

إلى كل هؤلاء أهدي هذا الكتاب

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

مقدمة

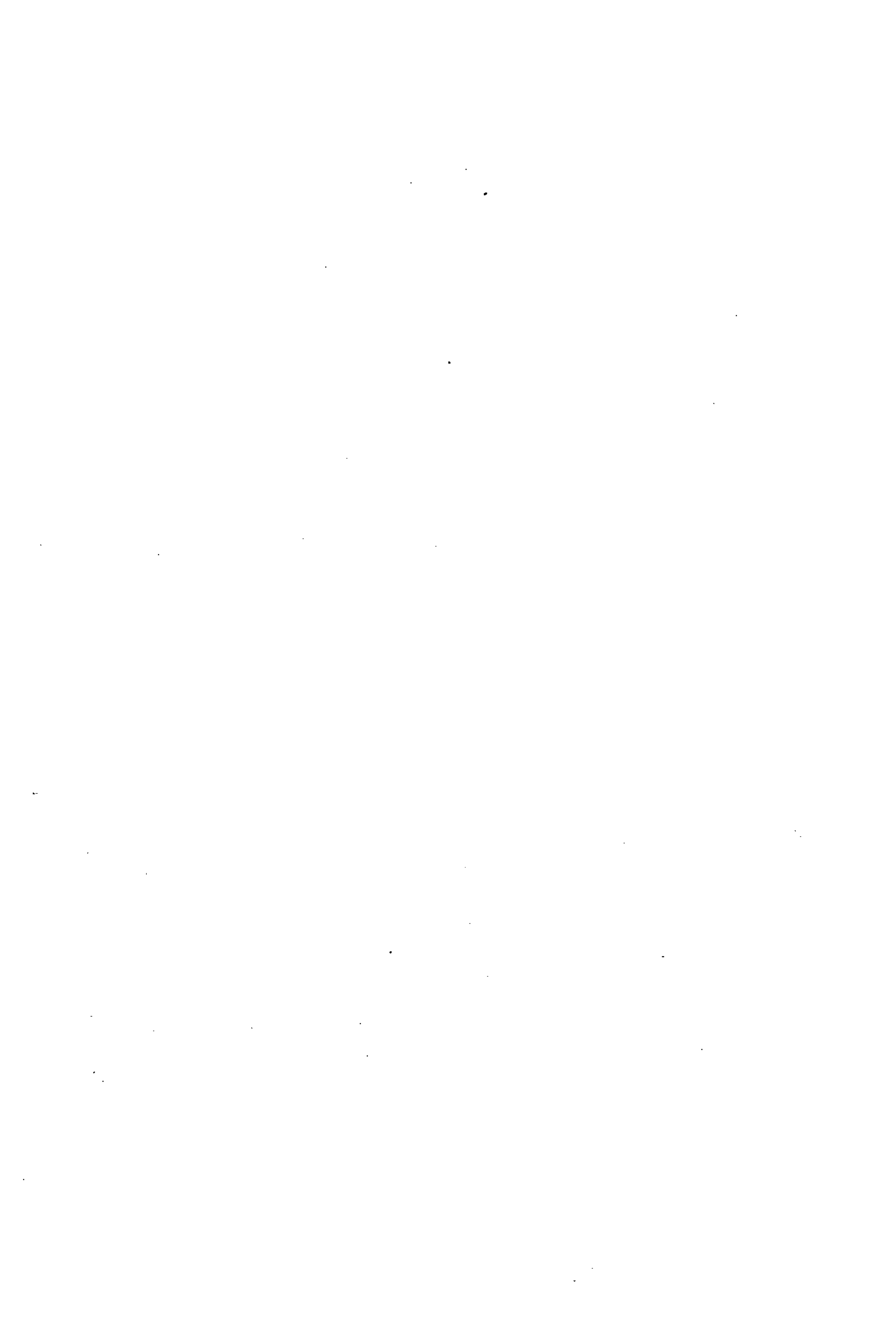
أحمد الله واصلي واسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.

فإن المرء كلما أعاد النظر فيما كتب بدا له أنه لو كان على مثال آخر لكان أفضل، وقد استدركت في هذه الطبعة الكثير من الاخطاء الطباعية وأعدت النظر في ترتيب تقسيمات الكتاب وبعض مباحثه واختصرت ما رأيت من اطالة في بعض مسائله، وضممت ما في الجزء الثاني من أحكام انحلال عقد الزواج وآثاره وما يتعلق بالولادة من أحكام إلى الجزء الاول عقد الزواج وآثاره للتيسير على طلاب العلم والباحثين. هذا بالاضافة إلى أن الآيات القرآنية قد طبعت برسم المصحف الشريف تدراكاً لما قد يحصل من سهو في طباعتها أو عدم شكلها، وعملاً بما يجب من مزيد العناية بالآيات القرآنية الكريمة.

هذا وقد أقرّت الجهات التشريعية في المملكة قانون الاحوال الشخصية الأردني فأصبح قانوناً دائماً بعد ان كان قانونا مؤقتاً وقد تم ذلك بعد أن كان كمل تحرير الكتاب وطباعته مما اقتضى التنويه بذلك في مقدمة الكتاب.

والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يجعله ذخراً لي في يوم لا ينفع فيه مال ولابنون.

المؤلف



الافتتاحية

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فهو المهتد ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً والصلاة والسلام على أشرف خلق الله سيدنا (ﷺ) وعلى آله وصحبه أجمعين ومن سار على نهجه إلى يوم الدين.

أما بعد :

فلما عهد إليّ تدريس مادة الأحوال الشخصية في كليتي الشريعة والحقوق رأيت أن أقوم بشرح قانون الأحوال الشخصية المعمول به لتعريف الطالب عليه وعلى الآراء الفقهية التي أُخذَ منها مراعياً عدم الاسهاب في عرض الآراء الفقهية حتى يتسنى للطالب الاطلاع على ما يهمه في حياته الأسرية والعملية.

اصطلح فقهاء القانون على تسمية القوانين المتعلقة بالزواج والطلاق واثارهما والميراث والوصية بالأحوال الشخصية.

وكان فقهاء المسلمين يطلقون اسماً خاصاً على كل بحث يتعلق بأحكام الأسرة، فتجد في مؤلفاتهم العناوين التالية :

كتاب النكاح ، وكتاب المهر ، وكتاب النفقات ، وكتاب الطلاق ، وكتاب العدة ، وكتاب النسب، وكتاب الوصايا ، وكتاب الفرائض . . . وهكذا.

ولما حلت القوانين الوضعية مكان الأحكام الشرعية في كافة شؤون الحياة المدنية والسياسية والاقتصادية ، ولم يبق من أحكام الشريعة الإسلامية ما يطبق على الأفراد سوى ما يتعلق بنظام الأسرة من زواج وطلاق ، وميراث سمي القانون الخاص بذلك بقانون الأحوال الشخصية.

ويرجع السبب في عدم حلول القوانين الوضعية محل قانون الأحوال الشخصية لعدة أمور أهمها :

١ - ان هذا القانون يتصل اتصالاً وثيقاً بالدين وَيَمس العقيدة، فتغييره يواجه صعوبات كبيرة وكراهية الأمة لواضعي النظام.

٢- ان التشريعات الغربية التي استُمِدت منها القوانين الوضعية أبقت ما يتعلق بنظام الأسرة خاضعاً في معظمه لما تدين به كل فئة.

٣- ان التشريعات الغربية المتعلقة بنظام الأسرة لم تستطع معالجة أوضاع الأسرة في تلك البلاد حتى اضطروا الى تغيير كثير من القوانين التي تُعتبر من جوهر تلك التشريعات.

فللأسباب السابقة كلها أو بعضها، بقي قانون الأحوال الشخصية في معظم البلاد الإسلامية مستمداً من شريعة الله.

ولكن ما مدى صلاحية هذا القانون في اصلاح الأسرة والسير بها قدماً لانشاء جيل من أبناء هذه الأمة يقودها الى الفضيلة والخير والنجاة ؟ فالمجتمع بأفراده والفرد مرآة صادقة للأسرة والبيئة التي ترعرع فيها، ﴿ أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَـٰنَهُۥ عَلَىٰ تَقْوَىٰ مِنَ ٱللَّهِ وَرِضْوَٰنٍ خَيْرٌ أَم مَّنْ أَسَّسَ بُنْيَـٰنَهُۥ عَلَىٰ شَفَا جُرُفٍ هَارٍ فَٱنْهَارَ بِهِۦ فِى نَارِ جَهَنَّمَ ﴾ [التوبة : ١٠٩].

للجواب على هذا السؤال، لا بد من توضيح لأمر كثيراً ما يغفله البعض، وهو أن البيئة غير الإسلامية لا تصلح لها القوانين الإسلامية، فإن عدم التزام الأفراد بالعادات الإسلامية والمقاصد الشرعية يجعل حياتهم غير ملائمة لتطبيق الشريعة الإسلامية، والإسلام كل لا يتجزأ ترتبط أنظمته ببعضها البعض ارتباطاً وثيقاً ، فنظامه الاقتصادي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بنظامه الاجتماعي. وبنظام الأسرة على وجه الخصوص ، كما أنه يرتبط بنظامه السياسي فلا يمكن تطبيق واحد منها دون الحاجة الى غيره.

فإذا ما أريد لقانون الأحوال الشخصية أن يؤتي ثماره فلا بد من تطبيق الإسلام بكل تشريعاته وقوانينه ومبادئه وأخلاقه ومثله.

والعلاقة الزوجية هي علاقة عاطفية ومن المستحيل نقلها الى علاقة مادية كما هي الحال في الأوضاع المالية، حيث تضبط بالتوثيقات والبيانات والاحتجاجات، فالزواج ليس شركة مالية، وحتى الشركة المالية تفسد إذا دخلها التمسك والاحتجاج انها علاقة تتطلب المودة والرحمة ، انها صلات روحية ، فلا بد لها من تقوية الصلة بالله ومن المستحيل أن تنظم أحوال الأسرة على أساس قضائي.

والله أسأل أن يهيء لهذه الأمة من يجدد لها دينها ويحكم فيها بشريعة ربها ، حتى يعيش المسلم حياة كريمة في رحاب الإيمان بالله عز وجل، كما وأسأله تعالى أن يوفقني لما فيه الخير ويسدد خطاي إنه نِعمَ المولى ونعم النصير.

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

تمهيد

تعريف الزواج:

الزواج لغة: الاقتران[1]، قال تعالى: ﴿ ۞احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾ [الصافات: ٢٢] أي أحشروهم وقرناءهم من أهل السوء، يقال: زوج فلان أبله إذا قرنها ببعضها البعض.

ويطلق لفظ التزويج على النكاح[2]، وهذا يقتضي تعريف النكاح في اللغة والشرع.

يطلق النكاح في اللغة: على العقد، ويأتي بمعنى الوطء[3].

وذهب البعض الى أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء وبهذا قال الشافعي والحنابلة[4]، اذ ليس في الكتاب الكريم لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقد بين النبي (ﷺ) أن مراده سبحانه هنا الوطء لا العقد، ولصحة نفيه عن الوطء يقال: هذا سفاح وليس بنكاح، وصحة النفي دليل على أن النكاح مجاز في الوطء حقيقة في العقد[5].

وقيل: النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد وهو رأي الحنفية[6]، ومنه قوله (ﷺ) (وُلدتُ من نكاح لا من سِفَاح)[7] أي من وطء حلال لا من وطء حرام.

وقيل: ان العرب تستعمله بمعنى العقد والوطء فهو مشترك بينهما[8].

١- وتظهر فائدة الخلاف:

فيمن زنا بامرأة فإنها تحرم على والده وولده عند القائلين بأنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد كالحنفية. ولا تحرم عليهما عند القائلين بأنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء كالشافعية والحنابلة.

٢- وتظهر الفائدة أيضاً فيمن علق طلاق زوجته على نكاح أخرى، فإنها تطلق بمجرد العقد على الثانية عند الشافعية إلا إذا نوى بلفظ النكاح الوطء، ولا تطلق عند الحنفية إلا بالوطء[9].

ومن معاني النكاح في اللغة: الضم والتداخل[10].

---

(١) المعجم الوسيط: (١/ ٤٠٧).
(٢) المعجم الوسيط: (١/ ٤٠٧، ٢/ ٩٦٠).
(٣) المعجم الوسيط: (٢/ ٩٦٠).
(٤) فتح الوهاب: (٢/ ٣٠) والبحر الرائق (٣/ ٨٢) وحاشية الطحاوي (٢/ ٣) وقليوبي على المنهاج (٣/ ٢٠٦).
(٥) فتح الوهاب: (٢/ ٣٠).
(٦) البحر الرائق (٣/ ٨٢) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٦٠) والاختيار (٣/ ٨١).
(٧) الاختيار (٣/ ٨١).
(٨) حاشية الطحاوي (٢/ ٣).
(٩) البحر الرائق (٣/ ٨٢) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٦٠) والطحاوي (٢/ ٤).
(١٠) فتح الوهاب (٢/ ٣٠) والاختيار (٣/ ٨١) وسبل السلام (٣/ ١٠٩).

يقال: تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها الى بعض، ومنه: نَكَحتُ البُر في الأرض أي حرثتها وبذرته فيها، ونَكَح الحصى أخْفَاف الإبل إذا دخل فيها، ونكح المطر الأرض إذا خالط ثراها، ونكح النعاس عينه. اذا داخلها النعاس[1].

أما في الشرع:

فقد اختلف الفقهاء في تعريفه ونوجز أهم هذه التعريفات فيما يلي:

عرفه الشافعية: بأنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ النكاح أو التزويج أو ترجمته[2].

وعرفه الحنفية: بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً. والمراد: وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له[3]، وخرج بقوله قصداً ما لو اشترى أَمَة ولو للتسَري فإن ملك المتعة فيها أي الحل جاء ضمناً، بخلاف النكاح فإن المتعة مقصودة قصداً أولياً.

وعرفه المالكية: بأنه عقد لحل استمتاع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راجٍ نسلاً[4].

وعرفه الحنابلة: بأنه عقد التزويج، فعند اطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل[5].

وعرفه بعض العلماء: بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ويفيد تعاونهما ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات[6].

وعرفه قانون الأحوال الشخصية: كما جاء في المادة [٢]: بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وايجاد نسل بينهما.

وهذا التعريف أظهر في بيان المقصود من الزواج من التعاريف السابقة ذلك لأنه يبين أن المقصد الأسمى من الزواج في نظر الشارع وعند العقلاء هو التناسل وحفظ النوع الانساني، وأن يجد كل واحد في شريك حياته الأنس والمودة التي تؤلف بينهما قال تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [الروم: ٢١]. كما أن من مقاصده أيضاً استمتاع كل منهما بالآخر وقضاء الوطر الجنسي.

وبعض التعريفات السابقة يحصر القصد من الزواج في قضاء الشهوة الجنسية فقط حيث جعلوا ملك الاستمتاع العلة الغائية من الزواج، كما هو الأمر واضح من تعريف الحنفية[7]، وما قصد التشريع الإسلامي من هذا العقد مجرد هذه الحياة الحيوانية.

---

(١) المعجم الوسيط (٢/ ٩٦٠).
(٢) فتح الوهاب (٢/ ٣٠) ومغني المحتاج (٣/ ١٢٣).
(٣) البحر الرائق (٣/ ٨٥) وابن عابدين (٢/ ٢٥٨، ٢٦٠) وتبيين الحقائق (٢/ ٩٤).
(٤) بلغة المسالك والشرح الصغير (٢/ ٤).
(٥) الانصاف (٨/ ٤).
(٦) المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه عقد الزواج وآثاره.
(٧) حاشية الطحاوي (٢/ ٣).

الأصل في مشروعية النكاح:

النكاح مشروع بالكتاب والسنة والاجماع. وقد سبق ذكر جملة من الايات والأحاديث التي تدل على مشروعيته كما أن اجماع الأمة انعقد على ذلك.

وكما طلبه الشرع ودعا إليه فإن العقل والطبع أيضاً يدلان على الحاجة إليه.

أما العقل: فإن كل عاقل يحب أن يبقي اسمه ولا ينمحي رسمه وما ذاك إلا ببقاء النسل.

وأما الطبع: فإن الطبع البهيمي من الذكر والأنثى يدعو الى تحقيق ما أعد له من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية، ولا مزجرة في ذلك لأنها بأمر الشرع وإن كانت بدواعي الطبع.

حكمة مشروعية الزواج:

تظهر الحكمة الربانية في مشروعية الزواج اذا أمعنا النظر في حياة ترك الناس فيها الى طبائعهم الحيوانية دون تنظيم أو تشريع يحد من نزواتهم، كما ترك عجم الحيوانات الى غرائزها، يخلو الرجل بكل امرأة أراد أن يخلو بها، لو كان الأمر كذلك لأدى الى مفاسد عظيمة، ولتدافع الكثيرون من أفراد المجتمع على المرأة الواحدة كل يريد أن يستخلصها لنفسه، اشباعاً للأنانية التي بين جنبيه، ولهدمت الأسرة، وتفككت أواصر المجتمع، وقلت العناية بالنسل الذين هم في أمس الحاجة الى الرعاية والعناية، ولانتشرت الأمراض المعدية، كالزهري والسفلس والسيلان وغيرها، وبذلك ينشأ جيل ضعيف البنية والعقل، وبذلك يقل الانتاج، هذا بالاضافة الى ما يؤدي إليه من قلة النسل، وتناقص أفراد المجتمع الذي يؤول في النهاية الى التدمير الكامل للبشر على وجه الأرض.

من أجل ذلك كله شرع الله سبحانه وتعالى النكاح، وجعل له نظاماً يحدد فيه علاقة كل من الزوجين بالاخر، وجعلهما شركاء في تحمل أعباء الحياة، وجعل بينهما المودة والرحمة، فكان الزواج لذلك نظاماً اجتماعياً يرقى بالانسان عن الدائرة الحيوانية الى العلاقة الروحية، ونقله من حياة الشقاء والبؤس، الى حياة الطمأنينة والراحة النفسية، والبعد عن السامة والملل، حيث تحقق المعاني الانسانية الراقية، كالإيثار وحب الغير، ومعرفة ما للانسان من حقوق وما عليه من واجبات.

هذا بالاضافة الى حفظ النوع الانساني من أن يعتوره الداء العضال الذي يفتك به ويقضي عليه، وبالزواج يستمتع كل من الزوجين بالاخر، فيشبع رغبته الجسدية بطريق منظم يحفظ الانسان ويصون الأعراض.

قال تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: ٢١].

قال تعالى: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ [البقرة: ١٨٧].

حكم الزواج:

تعتري الزواج الأحكام التكليفية التالية حيث يختلف حكمه باختلاف الأشخاص وأحوالهم.

١- يكون فرضاً إذا تيقن الشخص من الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، وكان قادراً على المهر والنفقة، ولا يخشى ظلم الزوجة إن تزوج، لأن ترك الزنا فرض وطريقة الزواج، وما لا يتحقق الفرض إلا به فهو فرض.

٢- ويكون واجباً إذا غلب على ظنه الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، وكان قادراً على المهر والنفقة، ولا يخشى ظلم الزوجة، وهذا دون الحالة الأولى لأنه لم يتأكد من الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، بل غلب على ظنه، وقوة الالزام بالفرض أو الوجوب تؤخذ من مقدار خشية الوقوع في الزنا.

٣- ويكون حراماً إذا تحقق من ظلم الزوجة إن تزوج، بعدم العدل أو عدم القدرة على الانفاق، لأن الزواج تعين طريقاً الى الحرام فيكون حراماً.

٤- ويكون مكروهاً إن غلب على ظنه الوقوع في الظلم لو تزوج، وهذا دون الحالة السابقة لأنه لم يتأكد من الوقوع في الظلم إن تزوج.

والأحكام السابقة تطبيق لقاعدة متفق عليها عند الفقهاء وهي ان ما يفضي الى الواجب فهو واجب وما يفضي الى الحرام فهو حرام، وما يفضي الى المندوب فهو مندوب وما يفضي الى المكروه فهو مكروه.

وعلى ذلك فالأحكام التكليفية السابقة متفق عليها عندهم إلا ما اختص به الحنفية في أصولهم من التفريق بين الفرض والواجب[١].

وإذا كان الشخص في حالة نفسية يقطع فيها بالزنا إن لم يتزوج، وبالظلم إن تزوج، فقد رأى بعض العلماء[٢] أنه لا يجوز له الزواج ولا الزنا أيضاً، لأن المحرّم لا يبيح المحرّم، والظلم لا يبيح الزنا، وعليه ألا يزني وألا يتزوج، وقد أرشد الرسول (ﷺ) الى الطريق الذي يتبعه بقوله (ومن لم يَستطعْ فعليه بالصوم فإنه له وجَاء)[٣]، فإن لم تنكسر الشهوة بالصوم فلا يكسرها بالكافور ونحوه[٤].

وذهب بعضهم[٥] الى ان الزنا مفسدة اجتماعية عامة متعدية، ومن تردّى فيه صعب عليه الخلاص منه إلا بالزواج، وظلم المرأة مفسدة قاصرة، وغالباً ما يكون الرجل بعد الزواج أحسن أخلاقاً منه قبل

---

(١) البحر الرائق (٣/ ٨٣) وابن عابدين (٢/ ٢٦٠، ٢٦١)، والاختيار (٣/ ٨٢) وتبيين الحقائق (٢/ ٩٥)، وحاشية الطحاوي (٢/ ٤) وسبل السلام (٣/ ١٠٩)، وبداية المجتهد (٢/ ٣) وجواهر الاكليل (١/ ٢٧٤)، والشرح الكبير (٢/ ٢١٤) وحاشية الدسوقي (٢/ ٢١٤)، وبلغة السالك (٢/ ٣)، والمقنع (٣/ ٢).

(٢) المرحوم الشيخ أبو زهرة في كتابه عقد الزواج وآثاره (ص٢١).

(٣) سنن النسائي (٦/ ٥٧) وصحيح مسلم (٩/ ١٧٢).

(٤) روضة الطالبين (٧/ ١٨).

(٥) المرحوم الأستاذ مصطفى السباعي في كتابه شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (ص٤٧).

الزواج، إذ يشعر حينئذ بالعلاقة الزوجية والأبوة التي تربطه بالمرأة وأولادها منه، فتمنعه من ظلمها أو تقلل من ذلك على الأقل، ولما كانت الحكمة من تشريع الزواج رعاية المصالح الاجتماعية، والحكمة من تحريم الزنا درء المفاسد الاجتماعية المتسببة عنه، كان القول بوجوب الزواج في هذه الحالة أقرب الى الحق وروح الشريعة، ويستأنس لذلك بما قرره فقهاء المالكية من أن من خشي على نفسه الزنا وجب عليه الزواج، ولو عجز عن النفقة، ولا شك أن العجز عن النفقة تعريض المرأة للجوع وأي ظلم أكثر من هذا؟.

وذهب بعضهم[1]، الى أن الزواج في هذه الحالة حرام لأن المنع من الزنا حق الله، والمنع من ظلم الزوجة حق العبد، وحق العبد مقدم على حق الرب لاحتياج العبد وغنى الرب.

وإذا غلب على ظنه الوقوع في الزنا إن لم يتزوج وخوف الجور إن تزوج كان الزواج مكرها، لأن الظلم معصية تتعلق بالعباد، والمنع من الزنا من حقوق الله، وحق العبد مقدم عند التعارض على حق الله لاحتياج العبد وغنى الرب سبحانه وتعالى وفي كلا الحالتين لا يباح له بالزنا ويقال عليه الحد ان ثبت عليه.

من ليست له شهوة إما لمرض أو هرم أو خلقة ففيه أقوال عند الشافعية[2]:

الأول: يكره له الزواج لعدم الحاجة إليه.

الثاني: يستحب له ذلك لعموم الايات والأحاديث، ولأن فيه الاستئناس بالمرأة.

الثالث: يحرم اذا كان عاجزاً عن الاتصال الجنسي، لأنه يؤدي الى حرمان الزوجة من حقها في الاتصال الجنسي بزوجها.

الرابع: ان كان مع قصده الشهوة فاقداً للمهر والنفقة فالزواج مكروه وإلا فلا يكره، وإن كان قادراً على أهبة النكاح ولم تكن به علة لم يكره له النكاح، لكن التخلي للعبادة أفضل منه، فإن لم يكن مشتغلاً بالعبادة فوجهان:

الأول: النكاح أفضل.

الثاني: تركه أفضل.

حكم الزواج في حالة الاعتدال:

اختلفت الفقهاء في حكم النكاح حالة الاعتدال وهي: أن يكون الشخص قادراً على تكاليف الزواج، ولم يخش ظلم الزوجة، ولم يخف من الوقوع في الزنا إن لم يتزوج على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول:

ذهب جمهور الفقهاء الى أن النكاح في هذه الحالة سنة[3].

---

(١) الأستاذ محمد زكريا البرديسي في كتابه الأحوال الشخصية (ص١٥)، وانظر البحر الرائق (٣/ ٨٤).

(٢) روضة الطالبين (٧، ١٨)، وفتح الوهاب (٢/ ٣١)، ومغني المحتاج (٣/ ١٢٦)، والمنهاج (٣/ ٢٠٧).

(٣) البحر الرائق (٣/ ٨٤، ٨٦)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٦١)، والاختيار (٣/ ٨٢)، وتبيين الحقائق (٢/ ٩٤)، =

واستدلوا:

١- بقوله (ﷺ): (من أحب سنتي فليستن بسنتي، ومن سنتي النكاح)[١].

٢- وبقوله (ﷺ): (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجَاء) . متفق عليه[٢].

٤- وبقوله (ﷺ): (من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانها على شطر دينه)[٣] وذلك لأن الفرج واللسان لما استويا في افساد الدين جعل كل واحد شطراً.

٥- وبقوله (ﷺ): (ثلاثة حق على الله عونهم: المجاهد في سبيل الله، والمكاتب الذي يريد الأداء، والناكح الذي يريد العفاف)[٤].

٦- وبما روي: أنه جاء ثلاثة نفر من أصحاب النبي (ﷺ) الى بيوت أزواج النبي يسألون عن عبادته فلما أخبروا كأنهم تقالّوها، فقالوا: أين نحن من رسول الله (ﷺ)، وقد غفر ما تقدم من ذنبه، فقال أحدهم: أما أنا فإني أصلي الليل ولا أرقد، وقال الآخر: وأنا أصوم الدهر ولا أفطر، وقال الثالث: وأنا أعتزل النساء فلا أتزوج، فبلغ ذلك النبي (ﷺ) فقال: (ما بال أقوام قالوا كذا وكذا: لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأنام، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني) . رواه البخاري ومسلم[٥].

فهذه الأحاديث كلها ترغب في الزواج لا توجبه، ولو كان واجباً لبينه الرسول (ﷺ)، وقد دعا الأمر الى بيان حكمه في أكثر من مرة.

المذهب الثاني:

ذهب أهل الظاهر والزيدية وابن حزم وأحمد في رواية عنه الى أن الزواج فرض على كل قادر على الوطء والانفاق، فإن عجز عن ذلك فليكثر من الصوم[٦].

وذهب بعض الحنفية[٧]، الى أنه فرض كفاية كالجهاد في سبيل الله، فاذا امتنع أهل بلد أو اقليم عن الزواج أثموا جميعاً، واستدل القائلون بالفرضية على كل قادر:

١- بقوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣].

٢- وبقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

= وسبل السلام (٣/ ١٠٩) والمقنع (٣/ ٣) وحاشية الدسوقي (٢/ ٢١٥).

(١) السنن الكبرى (٧/ ٧٨) والمصنف (٦/ ١٦٩).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ٧٧) وسنن النسائي النسائي (٦/ ٥٨) وسنن الدارمي (٢/ ١٣٢).

(٣) النسائي (٦/ ٦٩) والترغيب والترهيب (٣/ ٤١) ومسلم (٩/ ٥٦) وسنن أبي داود (٢/ ٥٣٨).

(٤) الترغيب (٣/ ٤٢).

(٥) مسلم (٩/ ١٧٦).

(٦) سبل السلام (٣/ ١٠٩) ونيل الأوطار (٦/ ١١١) وبداية المجتهد (٢/ ٣).

(٧) البحر الرائق ٣/ ٨٤ وابن عابدين ٢/ ٢٦١ ونيل الأوطار ٦/ ١١١.

٣- وبقوله (ﷺ): (من استطاع منكم الباءة فليتزوج)[١].

٤- وبقوله (ﷺ): (تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة)[٢].

ووجه الدلالة مما سبق: أنه ورد طلب النكاح بلفظ الأمر وهو يفيد الوجوب.

٥- وبقوله (ﷺ): لعكاف بن وداعة الهلالي: ألك زوجة يا عكّاف؟ قال: لا، قال: ولا جارية، قال: لا، قال: وأنت صحيح موسر، قال: نعم والحمد، قال: فأنت من اخوان الشيطان، إما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم، وأما أن تكون منا فاصنع كما نصنع، وان من سنتنا النكاح، شراركم عزابكم، وأراذل موتاكم عزباكم، ويحك يا عكّاف تزوج، فقال عكّاف: يا رسول الله إني لا أتزوج حتى تزوجني من شئت، فقال (ﷺ): زوجتك على الله والبركة كريمة بنت كلثوم الحميري[٣].

٦- ولأن النبي (ﷺ) وأصحابه التزموا الزواج، ومن لم يتزوج منهم، فلعدم قدرته على تكاليف الزواج كمن لم يحج لعدم استطاعته البدنية أو المادية.

المذهب الثالث:

ذهب الشافعية، الى أن التخلي للعبادة أفضل منه، وفي معنى العبادة الانقطاع لعلم[٤]. واستدلوا:

١- بقوله تعالى: في مدح سيدنا يحيى عليه السلام: وسيداً وحصوراً والحصور الذي لا يأتي النساء، فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه[٥].

٢- وبقوله تعالى: زُيِنَ للنّاس حُب الشهوات من النّساء والبَنِينَ الاية. وهذا معرض ذم.

وحكم المرأة فيما سبق حكم الرجل، مع ملاحظة أنه لا يشترط فيها القدرة على مؤن الزواج.

والراجح: هو ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارضة.

أما ما استدل به القائلون بالفرضية: فلا يصح الاستدلال به، لأن الأمر يفيد الوجوب اذا لم يوجد له صارف عن الوجوب الى الندب وقد وجد لأن النكاح في الاية معلق على الاستطابة، والوجوب لا يتعلق بالاستطابة، ولقوله تعالى: ﴿ مثنى وثلاث ورُباع﴾ والعدد لا يجب بالاجماع.

وألفاظ الأمر الواردة في الأحاديث محمولة على الندب جمعاً بينها وبين الأحاديث التي تفيد الندب.

وما استدل به الشافعية مردود بقوله (ﷺ): (فمن رغب عن سنتي فليس مني)[٦] وما أوردوه من مدح سيدنا يحيى فهو في شريعتهم لا في شريعتنا، ولا يقتضي المدح الأفضلية، فإن سيدنا محمد (ﷺ) أفضل الأنبياء المرسلين وقد تزوج.

---

(١) النسائي (٦/ ٥٨) والدرامي (٢/ ١٣٢).
(٢) السنن الكبرى (٧/ ٧٨).
(٣) مصنف عبد الرزاق (٦/ ١٧١).
(٤) فتح الوهاب (٢/ ٣١) والمهذب (٢/ ٣٤) والمقنع (٣/ ٣) ومغني المحتاج (٣/ ١٢٦) والمنهاج (٣/ ٢٠٦).
(٥) البحر الرائق (٣/ ٨٦).
(٦) السنن الكبرى (٧/ ٧٧).

مقدمات الزواج

الخطبة وما يتعلق بها من أحكام

عقد الزواج من أجلّ العقود وأعظمها وأخطرها، وقد سماه الله لذلك ميثاقاً غليظاً، ولهذا جعل الإسلام له مقدمات تكشف عن رغبة كل من العاقدين في إبرام هذا العقد الذي يستمر مدى الحياة لينتج آثاره التي وضع من أجلها، وهذه المقدمات هي المسماة في عرف الفقهاء بالخِطبة.

١- تعريف الخطبة وحكمها:

الخطبة بكسر الخاء وسكون الطاء هي: طلب الرجل المرأة للزواج، أو طلب المرأة الرجل. وهي مُستحبة عند بعضُ الفُقهاء، وقال آخرون: بالجواز ولم يصرحوا بالاستحباب[١].

واذا تقدم رجل لخطبة فتاة فأجيب فقد تمت الخطبة بينهما ولا يعتبر هذا الاتفاق عقد زواج يبيح لهما أن يختلطا ببعضهما البعض دون وجود مَحْرم.

فالخطبة ليست إلا وعداً بالزواج وهو وعد غير ملزم، يحق لكل واحد منهما أن يعدل عن الخطبة متى شاء، كما أن عقد الزواج لا يتم بقبض أي شيء على حساب المهر، أو بقبول الهدية أو قراءة الفاتحة، فهذا كله لا يعتبر عقداً، ولكل واحد منهما العدول متى شاء. والى هذا ذهب عامة الفقهاء وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية في المادتين [٣ ٤] وهذا نصهما:

المادة ٣ - لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية.

المادة ٤- لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة.

ويشترط في المخطوبة أن تكون ممن تجوز خطبتهن، فلا تجوز خطبة الأصناف التالية:

١- زوجة الغير، فلا تجوز خطبة امرأة متزوجة من اخر[٢].

٢- كل امرأة محرمة عليه حرمة مؤبدة أو مؤقتة ما زال مانع التحريم قائماً.

٣- كل امرأة معتدة من طلاق رجعي[٣]، لأنها زوجة حيث يجوز لزوجها مراجعتها بدون عقد أو مهر جديدين، وهذه لا تجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تلميحاً، والتصريح كأن يقول لها: إني أريد الزواج منك، والتعريض كقوله لها: أنا معجب بك، وأنا فيك راغب أو أنت جميلة.

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٣٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٣).

(٢) فتح الوهاب (٢/ ٣٣) ومغني المحتاج (٣/ ١٣٥) والمنهاج (٣/ ٢١٣).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٣٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٣) والمقنع (٣/ ٧) ومغني المحتاج (٣/ ١٣٦) والمنهاج (٣/ ٢١٣). =

٤- كل امرأة معتدة من طلاق بائن سواء كانت بينونة صغرى أو كبرى.

وقد اختلف الفقهاء في جواز خطبة المطلقة طلاقاً بائناً:

فذهب الحنفية: الى أنه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تلميحاً حتى تنتهي عدتها، والسبب في ذلك أن البائنة بينونة صغرى يجوز للزوج أن يعيد نكاحها بعقد ومهر جديدين، فاذا تقدم إليها من يخطبها كان ذلك ايحاشاً لقلب الزوج وباعثاً على العداوة والبغضاء، وأما البائنة بينونة كبرى فمنعت خطبتها خشية وقوع العداوة أو البغضاء بين الخاطب والزوج الأول، لأن الرجل يغار على زوجته وإن طلقها.

وذهب الشافعية والحنابلة والمالكية: الى عدم التصريح بخطبة أي منهما، وأجازوا خطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى تعريضاً، وفي خطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى تعريضاً خلاف عند الشافعية والحنابلة، والأظهر عندهم جواز خطبتها تعريضاً، لانقطاع سلطة الزوج عليها.

هذا إذا خطبها غير صاحب العدة، أما صاحبها الذي يحل له نكاحها فله التصريح بخطبتها من غير خلاف[1].

٥- كل امرأة معتدة من وفاة لا يجوز خطبتها تصريحاً أثناء عدتها ويجوز خطبتها تعريضاً باتفاق[2] وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُوا۟ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

٦- مخطوبة الغير وهي من تقدم رجل لخطبتها فرضيت به، حرمت خطبتها من اخر باتفاق[3] وذلك لحديث الرسول (ﷺ) (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه)[4] ولأن في ذلك مبعث العداوة والبغضاء بين الأخوة المسلمين. أما إن أذن الخاطب الأول للثاني بخطبتها فذلك جائز لحديث الرسول (ﷺ) (ولا يخطبن الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك)[5]. وفي رواية (حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له)[6].

وسواء فيما سبق كان الخاطب مسلماً أو ذمياً إذا كانت المخطوبة كتابية، وقيل: يختص المنع بالخطبة على خطبة المسلم[7].

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٣٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٣) والمهذب (٢/ ٧٤) ونيل الأوطار (٦/ ١١٧) والشرح الكبير (٢/ ٢١٩) والمنهاج (٣/ ٢١٣) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ١٧١) والخرشي (٣/ ١٧١) والمقنع (٣/ ٧) ومغني المحتاج (٣/ ١٣٦).

(٢) المنهاج (٣/ ٢١٣).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٣١) وفتح الوهاب (٢/ ٣٣) والمهذب (٢/ ٤٧) والمقنع (٣/ ٨) والمنهاج (٣/ ٢١٤).

(٤) السنن الكبرى (٧/ ١٨٠) والنسائي (٦/ ٧٣).

(٥) السنن الكبرى (٧/ ١٨٠).

(٦) روضة الطالبين (٧/ ٣٢) وفتح الوهاب (٢/ ٣٣) ونيل الأوطار (٦/ ١١٥) والمنهاج (٣/ ٢١٤).

(٧) سنن الدرامي (٢/ ١٣٥) والسنن الكبرى (٧/ ١٧٩) وسنن أبي داود (٢/ ٥٦٤) والنسائي (٦/ ٧٣) والترمذي (٤/ ٢٨٥).

وإن تقدم الأول لخطبتها فرفضت، جاز للثاني خطبتها باتفاق، وإن خطبها الأول فسكتت أو ترددت بين القبول والرفض فأكثر الفقهاء على أنه يكره خطبتها، وقال بعضهم: بالجواز لأنه لا ينسب لساكت قول[١].

وذهب جماعة من المالكية[٢] الى عدم حرمة خطبة المرأة الراكنة لفاسق اذا كان الخاطب الثاني صالحاً أو مجهول الحال، لأن في خطبة الثاني لها تخليصاً لها من فسق الأول.

والمرأة في هذا كالرجل، فيحرم خطبة المرأة على المرأة لما في ذلك من الايذاء وبعث العداوة والبغضاء، وقد استظهر ابن حجر أن هذا في ما اذا أبدى المخطوب رغبته في ألا يتزوج إلا بامرأة واحدة، وإلا فلا تحرم خطبة المرأة الثانية على الأولى[٣].

واذا تزوج الرجل بمخطوبة الغير التي لا يحل له خطبتها كان عقد الزواج صحيحاً عند الجمهور[٤] مع الاثم، وقال داودالظاهري[٥]عقد الزواج باطل، وعن الامام مالك[٦] ثلاث روايات الأولى: كقول الجمهور، والثانية: كقول داود والثالثة: يفسخ العقد قبل الدخول لا بعده.

٤- النظر الى المخطوبة:

لما كان عقد الزواج غير مقيد بزمان اقتضى أن يكون بين الرجل والمرأة ملاءمة وموافقة، لذا أباحت الشريعة الإسلامية لكل واحد من الخاطبين النظر الى الاخر حتى يرى ما يعجبه ويدعوه الى النكاح[٧].

وقال بعض الفقهاء ان ذلك مستحب[٨]، لما يروى أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة ليتزوجها فقال له رسول الله (ﷺ) أنظرت إليها؟ قال: لا فقال (ﷺ): أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما.

واختلف الفقهاء فيما يجوز النظر إليه:

فذهب المالكية والشافعية الى جواز رؤية الوجه والكفين ظهراً وبطناً، لأن الوجه يدل على الجمال والكفين يدلان على النعومة وامتلاء الجسم[٩].

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٣١) والمهذب (٢/ ٤٧) وسبل السلام (٣/ ١١٣) ونيل الأوطار (٦/ ١١٥) وبلغة السالك (٢/ ١١) والمقنع (٣/ ٨) والمغني (٧/ ٦٦) والمنهاج (٣/ ٢١٤).

(٢) سبل السلام (٣/ ١١٤) وبداية المجتهد (٢/ ٤) وجواهر الاكليل (١/ ٢٧٥) والشرح الكبير (٢/ ٢١٧) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ١١) والخرشي.

(٣) المقنع (٣/ ٨).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٤).

(٥) نيل الأوطار (٦/ ١١٥) وبداية المجتهد (٢/ ٤).

(٦) بداية المجتهد (٢/ ٤).

(٧) روضة الطالبين (٧/ ٢٠).

(٨) المرجع السابق وفتح الوهاب (٢/ ٣١).

(٩) روضة الطالبين (٧/ ٢٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣١) والمنهاج (٣/ ٢٠٨) والمهذب (٢/ ٣٤) وبداية المجتهد (٢/ ٤) وجواهر الاكليل (١/ ٢٧٥) وحاشية الدسوقي (٢/ ٢١٥) والخرشي (٣/ ١٦٦).

وذهب الحنفية الى جواز رؤية الوجه والكفين والقدمين[١]. وعن الامام أحمد روايتان.

الأولى: جواز النظر الى الوجه فقط، والثانية وهي الأصح له النظر الى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين، وقال بعض الحنابلة: له النظر الى الرقبة والقدم والرأس والساق[٢].

وذهب داود الظاهري الى أن له النظر الى جميع البدن اذا كانت حاسرة (أي عارية) ما عدا العورة المغلظة، شريطة ألا تتعرى من أجل ذلك بأن ينظر إليها من كوة أو شباك وهي في الحمام لقوله (ﷺ) للمغيرة (أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما[٣]

وهذا رأي مرجوح لأن مناسبة الحديث تدل على أن المراد أن يتعرف منها على ما يدعوه الى نكاحها، وهذا يحصل بالنظر الى الوجه والكفين، ثم ان مما قرره الكثير من الفقهاء أنه لو نظر انسان الى بيت انسان من غير إذن جاز لصاحب البيت أن يدفع عنه الأذى، فلو رماه بحصى ففقأ عينه لم يلزمه شيء من الدية لأنه متعد، فلا يعقل أن يبيح الشرع دفع هذا الصائل ثم يبيح للخاطب النظر إليها من كوة وهي في الحمام، فقد يدرك صاحب البيت الناظر الى محارمه فيفقؤُ عينه وهو لا يدري أنه يريد خطبة الفتاة، بالاضافة الى ما في هذا الرأي من فتح باب يتذرع به الفساق فيستبيحون النظر الى عورات الناس.

وللخاطب أن يكرر النظر وأن يتأمل المحاسن اذا أمن الشهوة والفتنة[٤]، وإذا لم يتيسر للخاطب النظر الى مخطوبته بعث امرأة تتأملها وتصفها له[٥]، لأنه (ﷺ) بعث أم سليم الى امرأة وقال: أنظري عرقوبيها وشمّي عوارضها[٦].

ويسن للمرأة أن تنظر من الرجل غير عورته إذا أرادت الزواج منه، فانه يعجبها منه ما يعجبه منها[٧] ولا يصح لأحدهما لمس الاخر إذ لا حاجة إليه، وإنما أبيح النظر للحاجة، كما أنه لا يجوز أن يجتمع بها لينظر أو ليسمع حديثها إلا بحضور وليها أو أحد محارمها، لأن الخلوة بالأجنبية محرمة لما فيها من المفاسد، وقد قال (ﷺ): (لا يخلونْ أحدكم بامرأة، فإن ثالثهما الشيطان)[٨] وفي لفظ اخر (لا يخلون رجل بامرأة ولا تسافر امرأة إلا ومعها ذو محرم)[٩].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٤).
(٢) المقنع (٣/ ٤).
(٣) سبل السلام (٣/ ١١٣) ونيل الأوطار (٦/ ١١٩) وبداية المجتهد (٢/ ٤).
(٤) روضة الطالبين (٧/ ٢٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٢) والمهذب (٢/ ٣٤) والمنهاج (٣/ ٢٠٨).
(٥) المراجع السابقة.
(٦) السنن الكبرى (٧/ ٧٨).
(٧) روضة الطالبين (٧/ ٢٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٢) والمهذب (٢/ ٣٤) والمنهاج (٣/ ٢٠٧).
(٨) السنن الكبرى (٧/ ٩١).
(٩) السنن الكبرى (٧/ ٩٠).

وقت نظر الخاطب الى المخطوبة:

وذهب الشافعية والحنفية الى أن وقت النظر يكون قبل الخطبة وبعد العزم على النكاح[١] لحديث رسول الله (ﷺ): (اذا ألقى في قلب امرىء خطبة امرأة فلا بأس أن ينظر إليها)[٢].

ولئلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها، واذا نظر فلم تعجبه فليسكت ولا يقل لا أريدها لأنه ايذاء.

وذهب الحنابلة الى ما ذهب إليه الشافعية من أن وقت النظر يكون بعد العزم على الخطبة، وقيدوه بما اذا غلب على ظنه اجابته الى نكاحها[٣].

وذهب المالكية الى أن وقت النظر أثناء الخطبة وقبل العقد.

واختلفت الفقهاء في جواز النظر إليها بدون إذن وليها أو إذنها.

فذهب الشافعية الى أن له النظر إليها بدون أذنها أو إذن وليها اكتفاء بإذن الشرع، وإن كان الأولى عندهم أن يستأذنها[٤].

وقال المالكية يحرم النظر بدون إذنها أو إذن وليها[٥].

وما ذهب إليه المالكية أسلم، ويحقق الغرض المقصود، وفيه سد لذريعة الفساق فقد يتذرع أهل الطيش والفساد ممن ينتهك الحرمات بالنظر الى المحرمات محتجين بأنهم يريدون الخطبة فيفلتون من تعزير الحاكم لهم.

ما ينبغي أن ينشده كل من الخاطبين في صاحبه:

١- تستحب ذات الدين، والمراد بها كثيرة الطاعات، والأعمال الصالحات، والعفة عن المحرمات، قال (ﷺ): (تنكح المرأة لأربع لمالها ولجمالها ولحسبها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك)[٦].

وقال (ﷺ): (لا تتزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ولا تتزوجوهن لأموالهم فعسى أموالهن أن تطغيهن، ولكن تزوجوهن على الدين فلأمة خرقاء سوداء ذات دين أفضل)[٧].

وتزوج المرأة لعزها أو لمالها أو حسبها دون النظر الى الدين منهي عنه قال (ﷺ): (من تزوج امرأة

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٢٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣١) والبحر الرائق (٣/ ٨٧) وسبل السلام (٣/ ١٣).
(٢) السنن الكبرى (٧/ ٨٥) والمصنف (٦/ ٥٨).
(٣) المقنع (٣/ ٤) والمنهاج (٣/ ٢٠٨) وقليوبي (٣/ ٢٠٨).
(٤) روضة الطالبين (٧/ ٢٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣١) ومغني المحتاج (٣/ ١٢٨) والمنهاج (٣/ ٢٠٧).
(٥) جواهر الاكليل (١/ ٢٧٥) وحاشية الدسوقي (٢/ ١٢٥) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ١٠) والخرشي (٣/ ١٦٥).
(٦) سنن أبي داود (٢/ ٥٣٩) والترمذي (٤/ ٢٠٥) والترغيب (٣/ ٤٥).
(٧) السنن الكبرى (٧/ ٨٠) والترغيب (٢/ ٤٦).

لعزها لم يزده الله إلا ذلاً، ومن تزوجها لمالها لم يزده الله إلا فقراً، ومن تزوجها لحسبها لم يزده الله إلا دناءة، ومن تزوج امرأة لم يرد بها إلا أن يغض بصره ويحصن فرجه، أو يصل رحمه، بارك الله له فيها، وبارك لها فيه)[1].

ولأن المقصود دوام العشرة والألفة والمحبة بين الزوجين، والدين مع الزمان يزداد باتساع مدارك العقل، وقرب الأجل فتزداد المودة بين الزوجين اذا قامت الأسرة عليه، واذا بنيت الأسرة على غيره من مال أو جمال أو حسب فإن هذه تتناقص مع الزمن فتنقص المودة بتناقصها وتتلاشى بفقدان أسبابها، فيكون ذلك سبباً في هدم الأسرة وانهيارها، لأن ما قامت عليه قد انهار، قال تعالى: ﴿ أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَـٰنَهُۥ عَلَىٰ تَقْوَىٰ مِنَ ٱللَّهِ وَرِضْوَٰنٍ خَيْرٌ أَم مَّنْ أَسَّسَ بُنْيَـٰنَهُۥ عَلَىٰ شَفَا جُرُفٍ هَارٍ فَٱنْهَارَ بِهِۦ فِى نَارِ جَهَنَّمَ﴾ [التوبة: ١٠٩].

ولا مانع من أن يطلب المال أو الجمال أو الحسب مع الدين بل ان ذلك مستحب، والمحذور هو طلب هذه الخصال وحدها من غير نظر الى الدين والتقوى والصلاح. فقد ورد عن الرسول (ﷺ) ما يدل على استحباب تحري الخصال الحميدة كلها.

٢- أما الجمال فلحديث: (سئل النبي (ﷺ) أي النساء خير فقال: التي تسره اذا نظر إليها، وتطيعه اذا أمرها، ولا تخالف في نفسها ولا مالها)[2] ولكن يكره الزواج من ذات الجمال البارع لأنها تزهو بجمالها فتفتن، ولأنها كما قال الامام أحمد: قل أن تسلم لك.

٣- وأما النسب فلقوله (ﷺ): (تنكح المرأة لأربع. .) الحديث وذكر منها الحسب.

٤- ويستحب أن ينشد البكر لقوله (ﷺ) لجابر: (هلا أخذت بكراً تلاعبها وتلاعبك)[3].

ولقوله (ﷺ): (عليكم بالابكار فانهن أعذب أفواها (أي ألين كلمة) وأنتق أرحاما (أي أكثر أولادا) وأرضى باليسير)[4].

وقال بعض الحكماء: النساء ثلاثة: واحدة لك، وواحدة عليك، وواحدة لا لك ولا عليك، فالبكر لك، وذات الولد من غيرك عليك، والثيب لا لك ولا عليك.

وكذلك يسن للمرأة ألا تتزوج إلا من بكر لم يتزوج قط، لأن النفوس جلبت على الايناس بأول مألوف.

٥- ويستحب أن يتزوج من الولود، لخبر (تزوجوا الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة)[5] ولقوله (ﷺ): (خير نسائكم الودود الولود المواتية المواسية اذا اتقين الله .وشر نسائكم

---

(١) الترغيب (٣/ ٤٦).
(٢) السنن الكبرى (٧/ ٨٢).
(٣) النسائي (٦/ ٦١) وأبو داود (٢/ ٥٤١) والدرامي (٢/ ٤٦) والترمذي (٤/ ٢٢٥).
(٤) السنن الكبرى (٧/ ٨١).
(٥) السنن الكبرى (٨/ ٨١).

المتبرجات المتحيلات وهن المنافقات)[1] وتعرف البكر ولوداً بأقاربها.

٦- ونكاح البعيدة أولى من نكاح القريبة.

٧- ويستحب ألا يزيد على امرأة واحدة من غير حاجة ظاهرة لأن الواحدة أقرب الى العدل.

٨- والأولى أن يتزوج من غير ذات الولد إلا لمصلحة فقد تزوج النبي (ﷺ) من أم سلمة ومعها ولد أبي سلمة رضي الله عنهم[2].

٩- قال الحنفية: يندب أن تكون دونه سناً وحسباً وعزاً ومالاً، وفوقه خلقاً وأدباً وورعاً وجمالاً[3].

الآثار المترتبة على العدول عن الخطبة:

قلنا أن الخطبة وعد بالزواج في المستقبل ولذا يحق لكل من الخاطبين العدول عن ذلك الوعد، والعدول عن الخطبة اخلاف بالوعد، وهو حرام ديانة إذا كان من غير سبب معقول، لأن الله سبحانه أمر الوفاء بالعهود قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا۟ بِٱلْعَهْدِ ۖ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا﴾ [الاسراء: ٣٤] وقال (ﷺ): (آية المنافق ثلاث، اذا حدث كذب، واذا وعد أخلف، واذا ائتمن خان)[4].

ومع أن العدول عن الخطبة حرام لأنه اخلاف بالوعد إلا أن الشريعة الإسلامية لم تلزم الخاطبين باتمام العقد لأن في الزامها اكراهاً لهما على الزواج. والزواج عقد أبدي ينبغي أن يتنزه عن الاكراه، ولأن الضرر الناتج عن الزواج بالاكراه أكبر من الضرر الناتج عن العدول.

واذا كان أحدُهما قَدّم للاخر بعضُ الهدايا فقد اختلف الفُقهاء في رد الهدايا، وهذا بيان لأقوالهم.

ذهب الحنفية: الى أنها ان كانت موجودة وجب ردها وإن كانت هالكة أو مستهلكة فلا يجب ردها، لأنها هبة والرجوع في الهبة، انما يجوز إذا كان الموهوب موجوداً لم يهلك، سواء كان العادل عن الخطبة الخاطب أو المخطوبة[5].

وذهب الشافعية: الى أن للخاطب الرجوع في كل ما قدمه الى المخطوبة، فما كان قائماً أخذ، وما كان هالكاً أخذ قيمته، وسواء أكان الترك من جهة الخاطب أو المخطوبة[6].

وذهب المالكية: الى أنه إن كان العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد الهدايا ولو كانت موجودة، لئلا يوقع عليها مصيبتين: العدول عن الخطبة، وتغريمها الهدايا. وإن كان العدول من جهة

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٨١).

(٢) انظر فيما سبق من الصفات روضة الطالبين (٧/ ١٩) وفتح الوهاب (٢/ ٣١) والبحر الرائق (٣/ ٨٦) والمهذب (٢/ ٣٤) والطحاوي (٣/ ٥) وبلغة السالك (٢/ ١٠) والمقنع (٣/ ٤) والمهاج مع حاشية قليوبي (٢/ ٢٠٧).

(٣) الدر المختار على تنوير الأبصار (٢/ ٢٦٢) ومغني المحتاج (٣/ ١٢٧).

(٤) مسلم (٢/ ٤٦) والترمذي (٧/ ٣٨٣).

(٥) أنظر الأحوال الشخصية للبرديسي (ص١١) وشرح قانون الأحوال الشخصية لسباعي (ص٥٩).

(٦) أنظر الأحوال الشخصية للبرديسي (ص١١) وشرح قانون الأحوال الشخصية للسباعي (ص٥٩).

المخطوبة فعليها أن ترد الهدايا ان كانت موجودة أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة.

هذا ما لم يكن بينهما شرط أو لبلدهما عرف في ذلك فإن كان ثمة شرط أو عرف عُمِل به[1].

أما المهر فيجب رده إن كان قائماً ورد مثله أو قيمته إن كان تالفاً لأن الموجب للمهر عقد الزواج ولم يتم فوجب رده، وهذا الرأي متفق عليه بين الفقهاء.

وذهب بعض العلماء الى أنه يجب التفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة فإن كان العدول من الخاطب فلا ترد المرأة المهر ولا قيمته اذا هلك، لأن مبادىء العدالة والأوضاع الاجتماعية تقضي بهذا.

وان كان العدول من المخطوبة فيجب عليها رد المهر، اذ من العدل أن تتحمل هذه الخسارة[2].

وفي رأيي أن ما ذهب إليه الفقهاء أرجح لأن المهر لا يجب إلا بالعقد.

وقد أخذ القانون برأي الامام أبي حنيفة في الهدايا، وبما هو متفق عليه عند الفقهاء بالنسبة للمال المدفوع على حساب المهر. حيث جاء في المادة [٦٥] إذا امتنعت المخطوبة أو نكص الخاطب أو توفي أحدهما قبل النكاح، فإن كان ما دفع على حساب المهر موجوداً استرده عيناً، وإن كان فقد بالتصرف فيه، أو تلف استرد قيمته ان كان عرضاً، ومثله ان كان نقداً، أما الأشياء الأخرى التي أعطاها أحدهما للاخر على سبيل الهدية فتجري عليها أحكام الهبة.

التعويض عن ضرر العدول:

لم يتعرض الفقهاء لهذا الموضوع في كتبهم وبناء عليه نستطيع القول بأنهم لم يروا جواز التعويض، لأن التعويض لا يكون إلا نتيجة الاخلال بعقد أو عمل ضار، والخطبة ليست عقداً وإنما وعد بالزواج ولم يترتب على الاخلال بهذا الوعد ضرر مادي كاتلاف مال الغير، ولأننا لو ألزمنا العادل عن الخطبة بتعويض مادي لكان في ذلك الزام ضمني له باستكمال اجراءات عقد الزواج، وفي هذا ضرر أكبر من الضرر الذي يراد دفعه.

وقد ذهب بعض العلماء في عصرنا الحاضر الى تأييد مبدأ التعويض عن الضرر اذا كان الضرر قد نشأ نتيجة الوعد بالزواج، وذلك كأن يطلب منها ترك العمل أو تطلب منه جهازاً معيناً فيفعل أحدهما ما طلب منه ثم يكون العدول، فالضرر نشأ لا عن مجرد العدول بل كان للعادل عن الخطبة دخل فيه، وهذا نوع من التغرير يوجب الضمان، كما أن التعويض هنا مبني على قاعدة مسلم بها في الشريعة الإسلامية هي لا ضرر ولا ضرار[3].

---

(١) الشرح الكبير (٢/ ٢٢٠) وحاشية الدسوقي (٢/ ٢٢٠) والشرح الصغير (٢/ ١٦).

(٢) المرحوم الأستاذ السباعي (ص٥٨).

(٣) المرحوم الأستاذ السباعي وأبو زهرة والمرحوم الشيخ محمود شلتوت والاستاذ محمد شحاتة الحسيني والأستاذ مصطفى الزرقا. أنظر الأحوال الشخصية للسباعي ص ٦٢ وعقد الزواج وآثاره لأبي زهرة والأحوال الشخصية لشحاتة الحسيني ص٣٤.

والذي أميل إليه عدم التعويض عن ضرر العدول للأسباب التالية :

١- الخطبة ليست عقد زواج وإنما وعد بالزواج، وكل واحد من الخاطبين يعلم هذا الحكم الشرعي أو يفترض فيه أن يعلمه ومقتضى ذلك: أن لكل واحد من الخاطبين حق العدول عن الخطبة فاذا ما لحقه ضرر نتيجة هذا الوعد فلا يلزم الطرف الاخر بالتعويض، لأنه يعلم النتائج والأضرار التي قد تلحق به نتيجة استعمال الطرف الاخر لحقه الشرعي في العدول عن الخطبة.

٢- ان في الزام من عدل عن الخطبة تعويض الطرف الاخر حمل له على استكمال اجراءات عقد زواج لا يرضاه، وفي هذا الحاق ضرر به وبالطرف الاخر أكبر من الضرر الذي يراد رفعه، وذلك لما يترتب عليه من إنشاء أسرة على أسس غير سليمة سرعان ما تنهار فيلحق بالأولاد وبكل من الزوج والزوجة ما هو أكبر من الضرر الناتج عن العدول.

ثم ان عقد الزواج يصح ديانة وقضاء بالايجاب والقبول مع وجود الشهود وهذا ليس فيه كبير عناء على الناس فتلافياً لما قد يحدث من التصرفات المحرمة زمن الخطبة والتصرفات التي قد تلحق ضرراً بأحد الخاطبين نتيجة عدول الطرف الاخر فالأحوط أن يجري عقد الزواج بعد الخطبة.

ولم ينص قانون الأحوال الشخصية على التعويض عن الضرر الناشيء عن العدول مما يوجب الرجوع الى الراجح في مذهب أبي حنيفة، وقد سبق أن قلنا أن الفقهاء لم يتعرضوا في كتبهم لهذه المسألة وبناء عليه فإنهم لا يقولون بالتعويض عن ضرر العدول وهذا هو الأرجح.

القسم الأول

عقد الزواج وآثاره

الباب الأول

في عقد الزواج



الفصل الأول
في مقومات عقد الزواج

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: فيما لا يقوم عقد الزواج إلا به.

المبحث الثاني: في الشرائط الشرعية المتممة لعقد الزواج.



المبحث الأول

فيما لا يقوم عقد الزواج إلا به

لا بد لقيام عقد الزواج من توافر ثلاثة أمور:

أولاً: الايجاب والقبول (ركن العقد).

ثانياً: العاقدان: وشروطهما، توافر أهلية أداء ولو ناقصة.

ثالثاً: محل العقد: وهو استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر، والحكم الذي يفيده العقد هو حل استمتاع كل منهما بالآخر.

وشرطه: عدم قيام مانع يمنع من حل الاستمتاع، سواء كان مؤبداً أو مؤقتاً.

أولاً: الايجاب والقبول (الصيغة: وهي ركن العقد).

لما كان الأصل في العقود الرضى، ولا يمكن الاطلاع عليه لأن محله القلب، فقد اعتبر الشارع الايجاب والقبول دليلاً ظاهراً عليه، وأما إذا عقد الزواج بالاكراه فسخ العقد. وتعتد المرأة من الماء الفاسد إن حصل دخول، ويثبت النسب ويجب المهر وتثبت حرمة المصاهرة(١).

ويقصد بالايجاب: الكلام الذي يصدر أولاً من أحد العاقدين دالاً على رضاه بالعقد.

ويقصد بالقبول: الكلام الذي يصدر من العاقد الثاني دالاً على موافقته على ما أبداه الأول، فلا يشترط أن يصدر الإيجاب من جانب معين، فاللفظ الذي يصدر من أي من العاقدين أولاً يعتبر ايجاباً والثاني يُعتبرُ قبولاً(٢).

وستكلم على الصيغة من حيث الألفاظ التي يتم بها الإيجاب والقبول في عقد الزواج ومن حيث المادة اللفظية الدالة على إنشاء العقد ومن حيث تعليقها على شرط غير متحقق، ومن حيث عدم التأقيت، ومن حيث الشرائط الشرعية الواجب توافرها لانعقاد الصيغة.

الألفاظ التي يتم بها الإيجاب والقبول في عقد الزواج

لا خلاف بين الفقهاء في انعقاد العقد بلفظي الإنكاح والتزويج والجواب عنهما، لأنهما اللفظان اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء: ٢٢] وقوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَٰكَهَا ﴾ [الأحزاب: ٣٧]، وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل أن يقول: زوجتك بنتي هذه فيقول: قبلت هذا النكاح أو هذا الزواج.

وإذا قال أحدهما: زوجتك بنتي فقال الآخر: قبلت، لا ينعقد العقد عند جمهور الفقهاء ولا بد من قوله هذا النكاح أو هذا التزويج أو ما شابههما من الألفاظ الصريحة في الإنكاح والتزويج. وقال بعض

---

(١) بلغة السالك والشرح الصغير: (٢: ٣٥) وبداية المجتهد (٢: ٥).

(٢) البحر الرائق (٣: ٨٧) وحاشية الطحطاوي (٢: ٥).

الفقهاء بانعقاده بذلك[1].

هذا هو القدر المتفق عليه بين الفقهاء، واختلفوا بعد ذلك في انعقاد النكاح بغير هذين اللفظين على مذاهب ثلاثة:

المذهب الأول: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا ينعقد بغير هذين اللفظين[2].

واستدلوا:

١ - بقوله تعالى: ﴿وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠]. وجه الدلالة: أن الله سبحانه جعل لفظ الهبة خاصاً برسوله دون سائر المؤمنين.

٢- وبما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي (ﷺ) قال في خطبته بعرفه: (فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله)[3]. وكلمة الله التي ذكرت في القرآن الكريم الزواج والنكاح.

٣- ولأن غير لفظي الإنكاح والتزويج ليس صريحاً في إرادة النكاح بل كناية، والكناية لا تعلم إلا بالنية ولا يمكن للشهود الاطلاع عليها، والشهادة شرط في صحة النكاح، فلم ينعقد بغير لفظي الإنكاح والتزويج[4].

المذهب الثاني: ذهب أبو حنيفة إلى أنه ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والتمليك والبيع والشراء والجعالة فيصح بكل لفظ يدل على تمليك الأعيان[5].

واستدلوا:

١ - بما روي أن النبي (ﷺ) زوج رجلاً امرأة فقال: (قد ملكتكها بما معك من القران)[6].

٢- وبأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي (ﷺ) فانعقد به نكاح أمته كلفظ الانكاح والتزويج.

وأجابوا عن ما استدل به الشافعية: بأن الآية دليل لنا، لأنها تدل على أن لفظ الهبة يستعمل في

---

(١) مغنى المحتاج (٣/ ١٣٩، ١٤١) والمناهج (٣/ ٢١٧) وروضة الطالبين (٧/ ٣٧) وفتح الوهاب (٢/ ٣٤) والاحتيار (٣/ ٣٣) والمقنع (٣/ ١١) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٨) وبداية المجتهد (٢/ ٥) والشرح الكبير (٢/ ٢٢٠) والخرشي (٢/ ١٧٣).

(٢) المنهاج (٣/ ٢١٦) وروضة الطالبين (٧/ ٣٦) والهداية (١/ ١٩٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٤) والمهذب (٢/ ٤١) وتبين الحقائق (٢/ ٩٦) وبداية المجتهد (٢/ ٥) والمقنع (٣: ١٠) ومغني المحتاج (٣/ ١٤٠).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ١٤٤).

(٤) فتح الوهاب (٢/ ٣٤) والمهذب (٢/ ٤١).

(٥) الهداية (١: ١٩٠)والبحر الرائق (٣/ ٩١) وابن عابدين (٢/ ٢٦٨) والاختيار (٣/ ٨٣) وتبين الحقائق (٢/ ٩٦)، والطحطاوي(٢/ ٩) وسبل السلام(٢/ ١١٦) وبداية المجتهد (٢/ ٥).

(٦) السنن الكبرى (٧/ ١٤٤).

الزواج، والخصوصية التي كانت للنبي ليست في لفظ الهبة بدل لفظ الزواج أو النكاح، فلو كانت هذه هي الخصوصية المرادة، لما كان في ذلك كبير فضل، ولا تخفيف مشقة عن النبي، وإنما الخصوصية في إسقاط المهر عنه، فغيره لا يجوز له أن يتزوج بلفظ الهبة من غير مهر وجاز له ذلك[1].

ورد الجمهور على الحديث الذي استدل به الحنفية بأنه قد ورد بعدة روايات منها: «زوجتكها» و«أنكحتكها» و«زوجناكها» والظاهر أن الراوي روى الحديث بالمعنى ظناً منه أن معناها واحد فلا تكون حجة.

واختلف فقهاء الحنفية في الزواج بلفظ البيع والسلم والصرف، والأصح: أنه ينعقد بها، واختلفوا أيضاً في الزواج بلفظ الإجارة، والأصح: أنه لا ينعقد بها لأنها تدل على تمليك المنفعة مؤقتاً، والزواج على التأبيد، ولا ينعقد بلفظ الإجارة والإحلال والإعارة والوصية والتعاطي[2].

المذهب الثالث: ذهب مالك بن أنس إلى انعقاد النكاح بلفظ الهبة فقط إذا ذكر معها المهر وفي انعقاده بلفظ الصدقة والتمليك قولان. الأول: ينعقد إن ذكر معها المهر. والثاني: لا ينعقد ذكر معها المهر أم لم يذكر[3].

واستدلوا: بما استدل به الحنيفة، واشتراطهم ذكر المهر ليكون قرينة على إرادة الزواج من هذه الألفاظ.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه جمهور الفقهاء حيث جاء في المادة [15]: يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة «كالإنكاح» و«التزويج»، وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة.

وإذا قال أحد العاقدين: جوزتك بنتي، أو قال: زوجتك ابنتي، فقال: قبلت تجويزها أو تزويجها، وكان عرفاً صريحاً عندهم في الدلالة على الزواج انعقد العقد، ولأن من يتلفظ بهذه الألفاظ في حكم العاجز عن الألفاظ الموضوعة للعقد شرعاً فصح منه[4].

انعقاد النكاح بغير اللفظ العربي:

لا خلاف بين الفقهاء في أن من لم يقدر على التلفظ بالعربية يصح منه العقد بلغته[5].

واختلفوا في صحة العقد بغير العربية مع قدرته عليها على مذهبين.

المذهب الأول: ذهب أبو حنيفة والشافعي في قول الى أنه ينعقد بغير العربية مع القدرة عليها لأنه

---

(١) البحر الرائق (٣/ ٩١).

(٢) الهداية (١/ ١٩٠) والبحر الرائق(٣/ ٩١، ٩٢) والاختيار (٣/ ٨٣) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٧، ٨).

(٣) جواهر الاكليل (١/ ٢٧٧) والشرح الكبير(٢/ ٢٢١) وبلغة السالك(٢/ ١٨) والخرشي (٢/ ١٧٣).

(٤) حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٧٠) وحاشية الطحطاوي(٢/ ٩).

(٥) للشافعية في هذه المسألة ثلاثة أوجه الأول: ينعقد، والثاني: لاينعقد، والثالث: إن لم يحسن العربية انعقد وإلافلا، انظر روضة الطالبين(٧/ ٣٦) والمهذب (٢/ ٤١) ومغني المحتاج (٣: ١٤٠) والمناهج (٣/ ٢١٦).

أتى باللفظ الذي يعبر عن ارادته[1].

المذهب الثاني: ذهب أحمد والشافعي في قول آخر إلى أنه لا ينعقد إلا بالعربية لقدرته على الألفاظ الموضوعة شرعاً لذلك[2].

انعقاد النكاح بالاشارة المفهمة:

ينعقد النكاح بالإشارة المعلومة من العاجز عن النطق بألفاظ الإيجاب والقبول، كالأخرس عند عامة الفقهاء، كما أنه ينعقد بكتابته[3] وقد نصت على ذلك المادة [١٥] حيث جاء فيها: وللعاجز عنهما (أي: عن لفظ الإنكاح والتزويج) بإشارته المعلومة.

انعقاد النكاح بالكتابة:

اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بالكتابة، فذهب الحنفية إلى انعقاده بها من الغائب لا من الحاضر إذا كانت الكتابة مستبينة يمكن قراءتها وفهمها كالكتابة على الورق، أما الكتابة في الهواء أو الماء: فإنها لا تعتبر، وصورة ذلك أن يكتب أحدهما للآخر: تزوجتك بمهر مقداره ألف دينار مثلاً، فإذا وصلها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت زوجت نفسي منه حتى يتم الإيجاب والقبول في المجلس وبحضور الشهود.

والراجح عند الشافعية والحنابلة عدم انعقاده بالكتابة مع القدرة على النطق لأن الكتابة من الكناية ولا ينعقد النكاح بألفاظ الكنايات عندهم[4].

وقد أخذ بهذا قانون الأحوال الشخصية حيث اشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا بالألفاظ الصريحة فمفهومه أنه لا يصح بالكتابة. وهذا رأي حسن حيث استبعد انعقاد العقد بالكتابة، لأنها توقع في إشكالات أهمها إنكار التوقيع على الرسالة وإمكان تزويرها، وهذا يؤدي إلى الفوضى مع عدم الحاجة إلى انعقاده بهذا الأسلوب.

الشرائط الواجب توافرها في الايجاب والقبول. (الصيغة):

يشترط في صيغة عقد الزواج:

١ - أن تكون دالة على إنشاء العقد.

الأصل في صيغ العقود أن تكون بلفظ الماضي لأنه يدل على إنشاء العقد، أما صيغ المضارع والأمر فإنها لا تدل على إنشاء العقد إلا بقرينة لاحتمالها المساومة أو التمهيد لإنشاء العقد، وقد استثنى عقد

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٣٦) وفتح الوهاب(٢/ ٣٤) والبحر الرائق(٣/ ٨٧) والمهذب (٢/ ٤١) والمقنع (٣/ ١١).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٣٦) والمقنع(٣/ ١١).

(٣) المقنع (٣/ ١٢) والمنهاج (٣/ ٢١٧).

(٤) روضة الطالبين(٧/ ٣٧) والبحر الرائق(٣/ ٩٠) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٦٥) وحاشية قليوبي على المنهاج (٣/ ٢١٧).

الزواج من بين العقود، فأجيز أن ينشأ بلفظين أحدهما للماضي والآخر للمستقبل أو الحال، لأن الذي يمنع الإيجاب بصيغة المستقبل هو احتمال المساومة وذلك بعيد في عقد الزواج لأنه يسبقه تمهيدات ومقدمات تبعد معنى المساومة وتعين إرادة إنشاء العقد في الحال.

ومثاله: أن يقول لها: زوجيني نفسك فتقول: قبلت الزواج أو أن يقول لها: أتزوجك بكذا فتقول: قبلت زواجي منك، أو أن يقول لها: تزوجتك على مهر قدره كذا فتقول: أقبل الزواج، صح العقد في الصور السابقة، لأن القرينة تدل على أنهما لا يريدان المساومة، وإنما يريدان التنجيز، ولا ينعقد النكاح المضاف إلى المستقبل اتفاقاً كقولها له: سأزوجك نفسي فيقول: قبلت الزواج، وكقوله لها: زوجيني نفسك بعد شهر، فتقول: قبلت الزواج، لأن عقد النكاح ينتج آثاره في الحال، ولا يمكن أن تتأخر آثاره عن الصيغة المنشأة له[1].

وقد جاء في المادة [١٨]: ولا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل.

٢- أن لا تكون الصيغة معلقة على شرط غير متحقق.

وذلك بأن يجعل تحقق إنشاء عقد الزواج معلقاً على وجود أمر آخر يمكن أن يتحقق ويمكن أن لا يتحقق، كقوله لها: تزوجتك إن نجحتِ أو إن توظفتِ، ففي هذه الحالة لا ينعقد النكاح ولو تحقق الشرط، لأن عقد النكاح ينتج آثاره فوراً وهذه الصيغة تنافيه.

أما إذا كان التعليق على أمر قد تحقق بالفعل عند التلفظ بالصيغة أو قبل ذلك انعقد العقد، وذلك كقولها له: زوجتك نفسي إن نجحتَ وكان قد نجح، فقال: قبلت الزواج، صح العقد[2].

وقد أخذ القانون بهذا الشرط حيث جاء في المادة [١٨]: لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل ولا المعلق على شرط غير متحقق.

٣- أن لا تكون الصيغة دالة على التأقيت[3].

سبق أن بينا أن الغاية من الزواج اشتراك الرجل مع المرأة في حياة زوجية من أجل إيجاد نسل، وعقد هذه إحدى غاياته، لا بد أن يكون مؤبداً غير مؤقت.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التأقيت يبطل عقد الزواج وذلك في صورتين:

الصورة الأولى: زواج المتعة. والصورة الثانية: الزواج المؤقت، وسنبين آراء الفقهاء في الصورتين.

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٣٩) والهداية(١/ ٨٩) وفتح الوهاب(٢/ ٣٤) والبحر الرائق(٣/ ٨٧) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٦٣) والاختيار (٣/ ٨٢) وحاشية الطحطاوي (٣/ ٦و٨) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٤) وبلغة السالك مع الشرح الصغير (٢/ ١٧) والمنهاج (٣/ ٢١٧) والهداية (١/ ٨٩).

(٢) حاشية الطحطاوي (٢/ ٥٢) والمقنع (٣/ ٤٩) والمغني (٧/ ١٦) والمنهاج(٣/ ٢١٧) وروضة الطالبين (٧/ ٤٠) والبحر الرائق (٣/ ٨٤) وحاشية ابن عابدين(٢/ ٢٦٧و٢٩٤).

(٣) فتح الوهاب (٢/ ٣٤).

الصورة الأولى: زواج المتعة

اختلف الفقهاء في حكم زواج المتعة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم زواج المتعة[1].

واستدلوا:

١- بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المعارج: ٢٩-٣١].

الدلالة:

١- أن الله سبحانه حرم الجماع إلا عن طريقين: النكاح، وملك اليمين، وليست المتعة نكاحاً ولا ملك يمين، فتكون محرمة، والدليل على أنها ليست بنكاح: أنها ترتفع من غير طلاق ولا فرقة ولا نفقة ولا يجري بها التوارث.

٢- وبما روي عن علي رضي الله عنه أن رسول الله (ﷺ) (نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر)[2].

٣- وانعقد اجماع الأمة على تحريمها، وقد امتنعت الأمة عن المتعة مع ظهور الحاجة إليها ولو كانت جائزة لأفتوا بها.

٤- ولأن النكاح شرع ليكون كل من الزوجين لباساً للآخر، ولإيجاد نسل، والمتعة ليس فيها إلا قضاء الشهوة، وقد حرم الله الزنا لأضراره الاجتماعية والأخلاقية، وليست المتعة إلا نوعاً من الزنا المنظم، فلا معنى لتحريمه مع إباحة المتعة، وقد اعتبر الله سبحانه تأجير الفتاة نفسها بغاء ونهى عنه. قال تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾ [النور: ٣٣].

المذهب الثاني: ذهب الشيعة الإمامية إلى جواز نكاح المتعة[3].

واستدلوا:

١- بقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤].

وجه الدلالة:

أ- أن الآية ذكرت لفظ الاستمتاع وهو غير لفظ النكاح في المعنى.

---

(١) الهداية (١/ ١٩٥) وفتح الوهاب (٢/ ٣٤) والبحر الرائق (٣/ ١١٥) وابن عابدين (٢/ ٢٩٣) والاختيار (٣/ ٨٩) والمهذب (٢/ ٤٦) وتبين الحقائق (٢/ ١١٥) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٢٤) ونيل الأوطار (٦/ ١٤٥) والمقنع (٣/ ٤٨) والمغني (٧/ ١٠٣) وقليوبي وعميرة (٣/ ٢١٨).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ٢٠١) والنسائي (٦/ ١٢٦) والدرامي(٢/ ١٤٠) والترمذي (٤/ ٢٦٨) ومسلم (٩/ ١٨٩).

(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٩٣) وتبيين الحقائق (٢/ ١١٥) ونيل الاطار (٦/ ١٤٦) والمغني (٧/ ١٠٣).

ب- أمرت الآية بإيتاء الأجور وهو حقيقة في الإجارة، وهي عقد على المنافع، والمتعة عقد على منفعة البضع.

ج- أن الآية أمرت بإعطاء الأجر بعد الاستمتاع، ولو كان المراد بالأجر المهر لوجب بنفس العقد لا بعد الاستمتاع، كما هو الحال في النكاح، فدل ذلك على أن المراد هنا عقد يخالف عقد النكاح.

٢- وبما روي عن ابن مسعود قال: كنا نغزو مع رسول الله (ﷺ) وليس معنا نساء فقلنا: ألا نَخْتَص؟ فنهانا عن ذلك ثم، رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب الى أجل، ثم قرأ عبد الله بن مسعود قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحَرِّمُواْ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٧][١].

٣- وبما روي عن ابن عباس: أنه كان يفتي بجواز نكاح المتعة، وأنكر على عمر ابن الخطاب نهيه عنها، واحتج بأن النبي (ﷺ) أباحها وقد رويت إباحتها عن عبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله وأبي سعيد الخدري، ومن الشيعة الباقر والصادق[٢].

وأجاب الجمهور عما استدل به الشيعة بما يأتي:

١- أما الآية: فإن المراد بالاستمتاع فيها النكاح، لأنه هو المذكور في أول الآية وآخرها في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم ﴾ إلى قوله ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٢-٢٥]، فدل على أن المراد بالاستمتاع هنا النكاح المعهود.

وأما التعبير بالأجر: فإن المهر يسمى أجراً، قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

وأما الأمر بإعطاء الأجر بعد الاستمتاع والمهر فيؤخذ قبل الاستمتاع: فالجواب عنه: أن كان تقديماً وتأخيراً، فآتوهن أجورهن اذا استمتعتم بهن، أي: إذا أردتم الاستمتاع بهن، وذلك مثل قوله تعالى: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أي إذا أردتم الطلاق فطلقوهن، وكقوله تعالى: ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ﴾ [المائدة: ٦]، أي: إذا أردتم القيام إلى الصلاة فاغسلوا.

٢- وأما ما استدلوا به من حديث ابن مسعود فقد كان ذلك في ظروف خاصة، ثم جاء بعد ذلك التحريم، يدل على ذلك الآثار التالية:

أ- عن سلمة بن الأكوع قال: رخص لنا رسول الله (ﷺ) في متعة النساء عام أوطاس ثلاثة أيام ثم نهى عنها[٣].

ب- ما روى عن سبرة بن معبد الجهني أن النبي (ﷺ) نهى في حجة الوداع عن نكاح المتعة[٤].

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٧٩/ ٧٠/ ٢٠٠).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ٢٠١) والترمذي (٤/ ٢٦٨).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ٢٠٣) وصحيح مسلم (٩/ ١٨٤).

(٤) السنن الكبرى (٧/ ٢٠٣) وسنن أبي داود (٤/ ٥٥٩).

ج- ما روي عن سبرة أن النبي (ﷺ) قال: (كنت أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة)[1].

د- ما روي عن سبرة: قال أذن لنا رسول الله (ﷺ) بالمتعة، فانطلقت أنا ورجل إلى امرأة من بني عامر كأنها بكر غبطاء -وهي الحسنة الطويلة العنق-، فعرضنا أنفسنا فقالت ما تعطيني ؟ قلت: ردائي، وقال صاحبي ردائي، وكان رداء صاحبي أجود من ردائي، وكنت أنا أشب منه، فإذا نظرت إلى رداء صاحبي أعجبها، وإذا نظرت إليّ أعجبتها، ثم قالت أنت ورداؤك تكفيني، فمكثت معها ثلاثاً، ثم أن رسول الله قال: (من كان عنده شيء من هذه النساء التي تمتع بهن فليخل سبيلها)[2].

هـ- وبما روي أن النبي (ﷺ) نهى عن المتعة يوم الفتح[3].

٣- وأما قول ابن عباس. فقد روي أنه رجع عنه في آخر حياته[4]، وقيل: أنه إنما أفتي بإباحتها عند الضرورة[5]. ولو سلمنا لم يضر خلاف ابن عباس مع إجماع سائر الصحابة على التحري[6].

ومما سبق يتبين لنا رجحان قول الجمهور، وقد أخذ القانون بتحريم نكاح المتعة، وجعله من الأنكحة الفاسدة كما جاء في الفقرة [٦] من المادة [٣٤].

الصورة الثانية: الزواج المؤقت:

وهو عقد بصيغة الزواج إلى مدة معلومة:

وقد ذهب الفقهاء إلى بطلانه[7] لأنه كنكاح المتعة، ولا فرق بينهما إلا في الصيغة، فنكاح المتعة: يكون بلفظ التمتيع، والزواج المؤقت: يكون بلفظ التزويج والإنكاح، كعقد النكاح المعروف. إلا أنه لمدة معينة.

وذهب زفر[8] إلى أن العقد صحيح، ويبطل التأقيت ويكون الزواج مؤبداً، لأن التأقيت شرط فاسد، وعقد النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عنده فيلغى الشرط ويصح العقد[9].

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الجمهور فاعتبر العقد فاسداً كما جاء في الفقرة [٦] من المادة [٣٤].

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٢٠٣).
(٢) السنن الكبرى (٧/ ٢٠٣).
(٣) السنن الكبرى (٢٠٢) والنسائي (٦/ ١٢٦) وصحيح مسلم(٩/ ١٨٤).
(٤) صحيح مسلم (٩/ ١٨٧).
(٥) الترمذي (٤/ ٢٦٨).
(٦) السنن الكبرى (٧/ ٢٠٥).
(٧) الهداية (١/ ١٩٥).
(٨) روضة الطالبين(٧/ ٤٢) والهداية (١/ ١١٥) والبحر الرائق (٣/ ١١٦) وابن عابدين (٢/ ٢٩٣) والاختيار (٣/ ٨٩) وتبين الحقائق(٢/ ١١٥) وحاشية الطحطاوي(٢/ ٢٤) والمقنع (٣/ ٤٨).
(٩) الهداية (١/ ١٩٥) وابن عابدين(٢/ ٢٩٣) والاختيار (٣/ ٨٩) وتبين الحقائق(٢/ ١١٥).

٤- شرائط الانعقاد:

تحقق شرائط الانعقاد وهي:

أولاً: أن يتفق الإيجاب والقبول من كل وجه، كأن يقول: لها تزوجتك على ألف فتقول: قبلت الزواج ولو قالت: قبلت بألفين لم ينعقد، ولو قالت: قبلت بخمسماية صح العقد[١].

ثانياً: أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فلو تفرق المجلس بعد الإيجاب وقبل القبول لم يصح، ولا يضر الفصل بين الإيجاب والقبول مهما طال إذا لم يفصل بينهما بكلام أجنبي عن العقد، وإذا فصل بينهما بكلام أجنبي لم ينعقد بهما العقد حتى يعيد الموجب إيجابه[٢].

ثالثاً: ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر، ويجوز للموجب الرجوع ما دام يرتبط بقبول لأن الإلتزام لا يتم إلا بصدور الإيجاب والقبول، فإن صدر القبول بعد رجوع الموجب عن إيجابه لم يصح العقد[٣].

رابعاً: أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه[٤] [٥].

٥- الشهاد على الصيغة

اختلف الفقهاء في اشتراط الشهود في عقد النكاح على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد في المشهور عنه[٦] إلى اشتراط الشهود.

واستدلوا:

١- بقوله (ﷺ): «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[٧].

٢- وبما روي عن النبي (ﷺ) أنه قال: «لا نكاح إلا بشهود»[٨].

٣- ولأنه يترتب على النكاح أحكام كثيرة يبقى أثرها مع الزمان كثبوت النسب وحرمة المصاهرة واستحقاق الميراث فكان من الواجب إعلان النكاح، وطريق ذلك الإشهاد عليه.

المذهب الثاني: ذهب مالك بن أنس في المشهور من مذهبه إلى أن الشهادة ليست بشرط، والشرط

---

(١) حاشية الطحطاوي (٢/ ٨).

(٢) حاشية الطحطاوي (٢/ ٦) والشرح الصغير (٢/ ٤٤).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٣٩) والمهذب (٢/ ٤١) والمنهاج (٣/ ٢١٥).

(٤) روضة الطالبين (٧/ ٣٩).

(٥) انظر فيما سبق البحر الرائق (٣/ ٨٩) وابن عابدين (٢/ ٢٦٦، ٢٧١).

(٦) المهذب (٢/ ٤٠) والطحطاوي (٢/ ١٠) والمقنع (٢/ ٢٧) ومغني المحتاج (٣/ ١٤٤) والمنهاج (٣/ ٢١٩) وروضة الطالبين (٧/ ٤٥) والهداية (١/ ١٩٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٥) والبحر الرائق (٣/ ٩٤) وابن عابدين (٢/ ٢٧٢) والاختيار (٣/ ٨٣).

(٧) المصنف (٦/ ١٩٦).

(٨) الترمذي (٢/ ٢٣٥).

عنده هو إعلان النكاح وإشهاره[1].

واستدل: بأن النبي (ﷺ) أعتق صفية بنت حيي بن أخطب فتزوجها بغير شهود.

وأجاب عما استدل به الجمهور بأنه لم يصح في الشاهدين حديث، بل كلها أحاديث ضعيفة ومعلة.

وأجاب الجمهور عما استدل به المالكية بأن ذلك خصوصية للرسول (ﷺ) فلا يقاس عليه[2] وأما قولهم بأن الأحاديث التي استدل بها الجمهور ضعيفة فالجواب عنهم، بأنها رويت من طرق متعددة والضعف ينجبر بذلك فترتقي الأحاديث إلى درجة الحسن، وقد اشتهر العمل بها عند جماهير المسلمين.

وبذلك نرى رجحان ما استدل به الجمهور وقد أخذ به القانون كما جاء في المادة [١٦].

صفات الشهود:

اختلف القائلون بوجوب الشهود لصحة عقد النكاح في الصفات الواجب توافرها فيهم على النحو التالي:

١، ٢- البلوغ والعقل: وهذان الشرطان لا خلاف فيهما[3].

٣- الذكورة: ذهب جمهور الفقهاء -الشافعي وأحمد- إلى عدم قبول شهادة النساء[4] فلا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين بخلاف الشهادة في الأموال.

واستدلوا: بقول الحسن البصري (مضت السنة عن رسول الله أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق)[5].

وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية عنه إلى أنه ينعقد بشهادة رجل وامرأتين[6].

واستدلوا: بالقياس على شهادتها في الأموال، لأن المرأة أهل لتحمل الشهادة وأدائها ولم تجز شهادتها في الحدود لأن شهادتها لا تخلو من شبهة والحدود تدرء بالشبهات.

٤- العدد: لا بد من شاهدين اثنين وذلك لحديث «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[7].

(١) بداية المجتهد (٢/ ١٦) والمقنع (٣/ ٢٧، ٢٨) والهداية (١/ ١٩٠) والمهذب (٢/ ٤٠) وتبيين الحقائق (٢/ ٩٨).

(٢) البحر الرائق (٣/ ٩٤).

(٣) المنهاج (٣/ ٢١٩) والهداية (١/ ١٩٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٥) والبحر الرائق (٣/ ٩٤، ٩٥) وابن عابدين (٢/ ٢٧٢) والاختيار (٣/ ٨٣) وتبيين الحقائق (٢/ ٩٨) والطحطاوي (٢/ ١١) والمقنع (٣/ ٢٨) ومغني المحتاج (٣/ ١١٤).

(٤) الهداية (١/ ١٩٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٥) والمهذب (٢/ ٤٠) والمقنع (٣/ ٢٨) ومغني المحتاج (٣/ ١١٤) والمنهاج (٣/ ٢١٩).

(٥) السنن الكبرى (١٠/ ١٤٨).

(٦) الهداية (١/ ١٩٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٥) والبحر الرائق (٣/ ٩٥) وابن عابدين (٢/ ٢٧٢) والاختيار (٣/ ٨٣) ونيل الأوطار (٦/ ١٣٠).

(٧) الهداية (١/ ١٩٠)، وفتح الوهاب (٢/ ٣٥)، والمنهاج (٣/ ٢١٩).

٥- الحرية: ذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أنها لا تصح شهادة العبد في الزواج لأن االشهادة من قبيل الولاية، ولا ولاية للعبد على نفسه فلا ولاية له على غيره[١].

وذهب أحمد إلى صحة شهادة العبد في الزواج لعدم ورود دليل على عدم جوازها[٢] هنا.

٦- العدالة: ذهب الشافعي وأحمد في رواية[٣] إلى أن النكاح لا يصح ولا ينعقد بشهادة فاسقين لحديث «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل».

وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية عنه[٤] إلى أنه ينعقد بشهادة الفاسقين، وذلك لأن الشهادة تَحَمُّل فصحت منه كسائر التحملات ولأن الشهادة في النكاح لدفع تهمة الزنا ولصيانة العقد عند الجحود والإنكار، والتهمة تندفع بالحضور من غير قبول، بمعنى أن الصيانة تحصل بسبب حضورهما، وإن كان لا تقبل شهادتهما لأن النكاح يظهر ويشتهر بحضورهما فاذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة، وإذا انعقد العقد بحضور من لا يقبل شهادته ثم أخبربه من تقبل شهادته جاز له الشهادة فيه بالتسامع[٥].

٧- الإسلام: اتفق الفقهاء على اشتراط إسلام الشاهدين إذا كان الزوجان مسلمين، واختلفوا في اشتراط إسلام الشاهدين إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية.

فذهب الشافعي وأحمد وزفر ومحمد بن الحسن إلى أن الإسلام شرط فيهما وذلك لحديث «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[٦]. ولأن الشهادة نوع من الولاية ولا تكون للكافر على المسلم.

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى جواز شهادة أهل الذمة في هذا العقد لأن الشهادة هنا إنما هي على الزوجة لا الزوج[٧].

٨- البصر: ذهب بعض فقهاء الشافعية والحنفية إلى أنه لا ينعقد بشهادة الأعمى لأنه لا يقدر على التمييز بين المدعي والمدعى به.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه ينعقد بشهادة الأعمى اذا تيقن الصوت وعلمه على وجه لا يشك في المتعاقدين[٨].

---

(١) ابن عابدين (٢/ ٢٧٢)، المنهاج (٣/ ٢١٩)، فتح الوهاب (٢/ ٣٥).

(٢) الهداية (١/ ١٩٠).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٤٦)، الهداية (١/ ١٩٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٠) والاختيار (٣/ ٨٣) والمهذب (٢/ ٤٠) وتبيين الحقائق (٢/ ٩٩) وبداية المجتهد (٢/ ١٦) والمقنع (٣/ ٢٧) ومغني المحتاج (٣/ ١٤٥) والمنهاج (٣/ ٢١٩).

(٤) الهداية (١/ ١٩٠) والمقنع (٣/ ٢٧) وابن عابدين (٢/ ٢٧٣) والاختيار (٣/ ٨٣) وتبيين الحقائق (٢/ ٩٩) والطحطاوي (٢/ ١١) وبداية المجتهد (٢/ ١٦).

(٥) البحر الرائق (٣/ ٩٦) والاختيار (٣/ ٨٤).

(٦) السنن الكبرى (٧/ ١١).

(٧) تبين الحقائق (٢/ ٩٩و١٠٠) والطحطاوي (٢/ ١١) والمقنع (٣/ ٢٨) والمنهاج (٣/ ٢١٩) والهداية (١/ ١٩٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٥) والبحر الرائق (٣/ ٩٤و٩٥و٩٧) وابن عابدين (٢/ ٢٧٣) والاختيار (٣/ ٨٤).

(٨) المهذب (٢/ ٤٠) والمقنع (٣/ ٢٨) والمنهاج (٣/ ٢١٩) روضة الطالبين (٣/ ٤٥) وفتح الوهاب (٢/ ٣٥) والبحر =

٩- سماع كلام المتعاقدين: فلا ينعقد النكاح بشهادة الأصم عند جمهور الفقهاء لأن الغرض من الشهادة لا يتحقق بمن هذا حاله، وذهب بعض الفقهاء إلى عدم اشتراط السماع[١].

١٠- فهم كلام المتعاقدين: فلا يجوز بشهادة من لا يعرفون اللغة العربية إذا كان العقد باللغة العربية لعدم تحقق الغرض من الشهادة[٢].

وقد أخذ القانون بالشروط التالية:

١، ٢- البلوغ والعقل.

٣- واعتبر شهادة النساء.

٤- ومن حيث عددهم أجاز العقد بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

٥- الإسلام إذا كان الزوجين مسلمين.

٦- سماع كلام المتعاقدين.

٧- فهم المقصود من كلام المتعاقدين.

وما لم يذكره من الشروط فيعتبر فيه الراجح من مذهب أبي حنيفة عملاً بالمادة [١٨٣].

شهادة الأصول أو الفروع في عقد النكاح:

ذهب الحنفية وبعض الحنابلة[٣] إلى قبول شهادة أصول العاقدين أو فروعهما على عقد النكاح، لأن الشهادة في عقد النكاح عندهم ليست لإثبات العقد عند الجحود والإخلاف بل لإخراجه من السرية إلى العلنية، ولإظهار خطره والإعتناء به، ولذا جازت شهادة الفروع أو الأصول هنا، وإذا تجاحد الزوجان العقد أو ما وجب به لم تقبل شهادة الابن لأصله وتقبل عليه.

وإنما ترد شهادة الأصول أو الفروع في الإثبات لأجل التهمة، وليس الغرض هنا الإثبات كما بيّنا، والراجح عند الحنابلة[٤] عدم انعقاد النكاح بشهادة أصول الزوجين أو فروعهما للتهمة وذهب الشافعية[٥] إلى إنه ينعقد بشهادة ابنيه وشهادة ابنها، وقيل: ينعقد بشهادة ابنيها دون شهادة ابنه لأنه يحتاج إلى الإثبات دونها.

= الرائق (٣/ ٩٤) وابن عابدين (٢/ ٢٧٣) والاختيار (٣/ ٨٤).

(١) البحر الرائق (٣/ ٩٤) وابن عابدين (٢/ ٢٧٢) والمقنع (٣/ ٢٨) وفتح الوهاب (٢/ ٣٥) والمنهاج (٣/ ٢١٩).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٤٥) والبحر الرائق (٣/ ٩٤) وابن عابدين (٢/ ٢٧٣).

(٣) البحر الرائق (٧/ ٩٦، ١١٨) وابن عابدين (٢/ ٢٧٣) والمقنع (٣/ ٢٨).

(٤) المقنع (٣/ ٢٨).

(٥) روضة الطالبين (٧/ ٤٦) وفتح الوهاب (٢/ ٣٥) والمهذب (٢/ ٤٠) ومغني المحتاج (٣/ ١٤٤) والمنهاج (٣/ ٢١٩).

ثانياً- العاقدان

يشترط فيمن يتولى إجراء العقد أن يكون متمتعاً بالصفات التي تسوغ له شرعاً مباشرة العقد، فمن ليس بأهل أصلاً لممارسة العقود كالمجنون والصغير غير المميز لا ينعقد عقده لأنه ليس له أهلية أداء مطلقاً[1]، وإذا باشر الطفل المميز إجراء عقد الزواج بنفسه كان عقده صحيحاً موقوفاً على إجازة وليه في النكاح لأن له أهلية أداء ناقصة فيكون عقده صحيحاً موقوفاً على إجازة وليه[2] فإن أجازه فلا يحتاج إلى إجراء عقد جديد وهذا القدر متفق عليه، ولا يقوم العقد إلا بتوافره في العاقدين.

هذا وقد يكون العاقد أصيلاً وقد يكون نائباً عنه أو ولياً له أو فضولياً. وستتكلم على العاقد بالنيابة، سواء كان وكيلاً أو ولياً. ونقدم لذلك بالكلام على صحة النكاح بعبارة النساء.

صحة النكاح بعبارة النساء:

الرأي في المسألة مبني على مسألة أخرى هي: هل الولي شرط في صحة عقد النكاح أم لا ؟.

اختلف الفقهاء في اشتراط الولي في عقد النكاح على مذاهب ثلاثة:

المذهب الأول: ذهب الشافعي وأحمد ومالك إلى أن النكاح لا يصح إلا بولي، فإن زوجت المرأة نفسها بغير إذن وليها كان زواجها باطلاً[3]، وفي نقض عقد النكاح إن حكم به حاكم وجهان عند الشافعية: أحدهما لا ينقض حكمه، وهو الصحيح، لأنه مختلف في اشتراط الوالي، والثاني: ينقض لأنه مخالف للنص كما سيأتي، ولا يجب عليه الحد إن وطئها قبل نقضه ولها مهر المثل لشبهة خلاف العلماء في صحة النكاح[4].

واستدلوا لاشتراطه:

١- بقوله تعالى: ﴿ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٢] فلو لم يكن الولي معتبراً لما كان لعضله معنى.

٢- ولقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْۚ ﴾ [البقرة: ٢٢١] وهذا خطاب للأولياء أيضاً.

٣- وبأن الله سبحانه وتعالى أسند النكاح إلى الأولياء في قوله تعالى: ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ ﴾ [النور: ٣٢] فدل على أن الذي يتولى عقد النكاح إنما هو الولي.

---

(١) المدخل الفقهي لأستاذنا مصطفى الزرقا (١/ ٣٦٧).

(٢) المرجع السابق (٢/ ٢٧٩).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٥١) والهداية (١/ ١٩٦) وفتح الوهاب (٢/ ٣٥) وابن عابدين (٢/ ٢٦٩) والمهذب (٢/ ٣٥) وتبيين الحقائق (٢/ ١١٧) وسبل السلام (٣/ ١١٧) ونيل الأوطار (٦/ ١٢٨) والجصاص (١/ ٤٠١) وبداية المجتهد (٢/ ٨) والمقنع (٣/ ١٨) ومغني المحتاج (٣/ ١٤٧).

(٤) المهذب (٢/ ٣٥) والمنهاج (٣/ ٢٢١).

٤- وبما روي عن السيدة عائشة أن النبي (ﷺ) قال: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل»[١].

٥- وبما روي عن النبي (ﷺ) أنه قال: «لا تُزوج المرأةُ المرأةَ ولا تزوج المرأةُ نفسها»[٢].

٦- ولأن المرأة سريعة الاغترار، تخدع بالمظاهر، وتغلب عليها العاطفة فإذا أساءت الاختيار تعدت الإساءة إلى الأهل والأقارب، بخلاف تصرفها في الأموال فإن النفوس تضن به وتحرص عليه، والضرر في فقد الأموال محتمل لا عار فيه، بخلاف الضرر في إساءة اختيار الزوج، فإن فيه الفضيحة والشقاء والعناء لأهل الزوجة وأوليائها[٣].

المذهب الثاني: ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وغيرها[٤].

واستدلوا:

١- بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] ووجه الدلالة: أن النكاح أضيف إليهن ونهى عن منعهن منه.

٢- وبقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وفي هذه الآية أسند النكاح إلى المرأة، فدل على أن لها إنشاء عقد النكاح من غير موافقة الولي.

٣- وبقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٤] فأضاف الفعل إليهن، وهذا يدل على صحة عبارتهن ونفاذها، وهي إذا زوجت نفسها من كفء وبمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك.

٤- ولأن النكاح خالص حقها، وهي من أهل المباشرة فصح منها كبيع مالها[٥].

٥- ولما روي عن ابن عباس أن فتاة جاءت إلى النبي (ﷺ) فقالت: يا نبي الله! إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا له كارهة، فقال لها: أجيزي ما صنع أبوك، فقالت: لا رغبة لي فيما صنع أبي، قال: فاذهبي فانكحي من شئت، فقالت: لا رغبة لي عما صنع أبي يا رسول الله! ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء[٦].

---

(١) الترمذي (٤/ ٢٢٨) والدرامي (٢/ ١٣٧) وأبو داود (٢/ ٥٦٨).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ١١٠).

(٣) الهداية (١/ ١٩٦).

(٤) الهداية (١/ ١٩٦) والبحر الرائق (٣/ ١١٧) ونيل الأوطار (٦/ ١٢٨) والجصاص (١/ ٤٠١) وبداية المجتهد (٢/ ١٨) والمنهاج (٣/ ٢٢٢) وسبل السلام (٣/ ١١٧) وابن عابدين (٢/ ٢٩٦)، والزيلعي (٢/ ١١٧).

(٥) الهداية (١/ ٢٩٦) والاختيار (٣/ ٩٠).

(٦) السنن الكبرى (٧/ ١١٧) وسنن أبي داود (٢/ ٥٧٦).

المذهب الثالث: ذهب محمد بن الحسن[1] إلى أن لها أن تزوج نفسها من غير إذن وليها ويكون النكاح موقوفاً على إجازة الولي، فإن أجازه جاز وإلا فلا.

واستدل: بمفهوم حديث أيّما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل.

الترجيح:

والذي أميل لترجيحه هو ما ذهب إليه الحنفية لرجحان أدلتهم.

فأما ما استدل به الجمهور من قوله تعالى: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً.

وأما ما استدلوا به من قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة: ٢٢١] فهو خطاب لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين، وليس خطاباً للأولياء في الزواج، فإن قيل: إن هذا عام فيشمل ذوي الأمر والأولياء، أجيب: بأن هذا الخطاب بالمنع من التزويج، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم، فكما أن غير الأولياء لا يعتبر إذنهم شرطاً في صحة الزواج فكذلك الأولياء لأن المنع متوجه إلى الأولياء، ولو سلمنا أن الخطاب في الآية متوجه للأولياء ويفيد اشتراط إذنهم في صحة النكاح، لكان مجملاً لا يصح به عمل، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء، ولا صفاتهم ولا مراتبهم، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة، ولو كان في هذا شرع معروف لنقل تواتراً أو قريباً من التواتر، لأن هذا مما تعم به البلوى.

وأما حديث السيدة عائشة: فهو حديث ضعيف، وذلك لأنه رواه جماعة عن أبي جريج عن الزهري، وحكي ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه، ولو سلمنا بصحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي، ولو سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه دليل على ما يدعيه أصحاب المذهب الأول بل إن الحديث يدل على جواز عقدها على نفسها إن أذن وليها[2].

بناء على ما تقدم من خلاف الفقهاء في اشتراط الولي في عقد النكاح ينبني الحكم في صحة عقد النكاح بعبارة النساء.

فيرى جمهور الفقهاء أنه لا يصح عقد النكاح بعبارة النساء، لأن انشاء العقد من حق الأولياء.

وقال أبو حنيفة: يصح بعبارة النساء ما دامت تملكه من غير موافقة الولي.

وذهب محمد بن الحسن إلى صحته بعبارتها ولكنه يكون موقوفاً على إجازة الولي.

وقد أخذ القانون بمذهب أبي حنيفة كما جاء في المادة [١٣] والمادة [٢٢] حيث أجازت الأولى تزويج الثيب البالغة العاقلة نفسها دون موافقة وليها إذا كان عمرها ١٨ سنة فأكثر وهو أعلى سن للبلوغ عند أبي حنيفة، وأجازت المادة الثانية تزويج البكر البالغة العاقلة نفسها اذا جاوزت الثامنة عشر من عمرها.

---

(١) الهداية (١/ ١٩٦) والاختيار (٣/ ٩٠).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٩و١٠).

العاقد بالنيابة:

العاقد بالنيابة إما أن يكون وكيلاً أو ولياً أو فضولياً وستتكلم على الوكالة والولاية في الزواج. وستتبين الحكم في العاقد الفضولي من خلال كلامنا عليهما.

أولاً الوكالة في عقد الزواج:

الوكالة لغة: التفويض.

وشرعاً: تفويض التصرف في أمره إلى غيره وإقامته مقامه[١].

لم يختلف الفقهاء في أن الوكالة بالنكاح جائزة[٢] فكل من يجوز له أن يعقد النكاح بنفسه يجوز أن يوكل فيه، فالمرأة المجبرة لا يجوز توكيلها في الزواج على رأي الجمهور، ويجوز توكيل المرأة البالغة العاقلة بكراً أو ثيباً عند الحنفية لأنه ليس عليها ولاية إجبار.

والوكيل بالنكاح سفير ومعبر، فلا يطالب بالمهر ولا بالنفقة ولا بأي حق من حقوق الزوجية بصفته وكيلاً.

وليس للوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن صريح في ذلك، بأن يقول له مثلاً: وكلتك بأن تزوجني من فلانة ولك أن توكل غيرك في مباشرة العقد[٣].

ويشترط أن يضيف الوكيل العقد إلى موكله عند تلفظه بصيغة العقد، فإن أضاف الصيغة لنفسه انعقد العقد له لا للموكل، ولو نوى أن يكون الزواج لموكله، إذ لا عبرة بالنية واللفظ على خلافها[٤].

ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل، فإن كان الموكل ولياً مجبراً كان الوكيل مجبراً، ويشترط أن يعين الوكيل أو الولي في الزواج الزوج والزوجة بالاسم أو الاشارة أو الصفة فلو قال الولي: زوجتك إحدى ابنتي أو قال الوكيل: زوجتك إحدى موكلتيْ، لم يصح العقد، أما اذا كان للولي بنت واحدة فقال: زوجتك ابنتي دون ذكر اسمها صح العقد، وإذا قال زوجتك بنتي فاطمة وكان يقصد خديجة وغلط في الاسم وكان الزوج أو وكيله يقصد الزواج من خديجة أيضاً صح العقد على خديجة ولَغَت التسمية اعتباراً بالنية[٥].

والوكالة في الزواج نوعان: مقيدة ومطلقة[٦].

---

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد شحاتة الحسيني (ص ٧٧).
(٢) بداية المجتهد (٢/ ١٢).
(٣) حاشية قيلوبي على المنهاج (٣/ ٢٢٩) والمنهاج (٣/ ٢٢٩) والمقنع (٣/ ٢٤).
(٤) المقنع (٣/ ٢٤).
(٥) المغني (٧/ ١١) والمهذب (٢/ ٤١) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٤) والبحر الرائق (٣/ ٩٥) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٧٥) وفتح الوهاب (٢/ ٣٢) والمقنع (٣/ ١٢).
(٦) المنهاج (٣/ ٢٢٨) والمقنع (٣/ ٢٤).

١ - الوكالة المقيدة: وذلك كأن يوكله في تزويجه من امرأة يعينها على مهر معين، فلا يجوز للوكيل مخالفة ذلك إلا لما هو أفضل، فلو وكله بأن يزوجه من فلانة بألف دينار فزوجه منها بخمسماية دينار صح ذلك، وإن وكله بتزويجه من فاطمة فزوجه من امرأة غيرها كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل.

٢- الوكالة المطلقة: كأن يوكله في تزويجه من أي فتاة من غير تقييد بمهر، أو وصف معين وهذا التوكيل جائز عند جمهور الفقهاء، ويرى بعضهم أن ذلك لا يجوز لما فيه من الجهالة المؤدية إلى النزاع والضرر[١].

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة ومهر المثل لنفاذ زواج الوكيل:

فإذا كان الموكل هو الزوج فللوكيل أن يزوجه من أي فتاة يختارها دون قيد أو شرط عند أبي حنيفة، إذ لو كان له غرض خاص لبينه للوكيل.

ويرى الصاحبان أن التوكيل عند الإطلاق يتقيد بالعرف الجاري، فإذا خالف العرف توقف العقد على إجازة الموكل.

واذا كان الموكل الزوجة: فإن زوجها من كفء وبمهر المثل فالعقد صحيح نافذ، وإن زوجها بغير كفء أو بأقل من مهر المثل فلم ترض بذلك، فالزواج فاسد عند صاحبي أبي حنيفة قولاً واحداً تمشياً مع القاعدة السابقة، واختلف القول عن أبي حنيفة، فنقل عنه أنه يقول: بفساده، ونقل عنه أنه يقول: بصحته، والراجح: الرواية الأولى لأن المرأة تتعير بالزواج من غير الكفء[٢].

هل يتولى الايجاب والقبول شخص واحد ؟

الأصل في الإيجاب والقبول أن يتولاهما اثنان أحدهما: الزوج، أو نائبه، وثانيهما: الزوجة أو وليها أو نائب عنها.

واختلف الفقهاء في تولي الشخص الواحد طرفي عقد الزواج على مذاهب ثلاثة:

المذهب الأول: ذهب الشافعي وزفر إلى أنه لا يجوز أن يتولاه طرف واحد سواء كان ولياً أو وكيلاً أو فضولياً، وذلك قياساً على سائر العقود، حيث لا يجوز فيها أن يكون الإيجاب والقبول من طرف واحد، ولأنه يقتضي أن يكون الشخص الواحد ملزماً لغيره وملتزماً في آن واحد[٣].

وللشافعية وجهان في تولي الجد تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر المولى عليه، ووجه الجواز قوة ولاية الجد.

---

(١) الفتاوى الهندية (١/ ٢٦٩) وفتح القدير (٣/ ١٠٩) والأحوال الشخصية للسباعي (ص٩٠) والأحوال الشخصية للشيخ شحاتة الحسيني (ص٧٧).

(٢) فتح القدير (٣/ ٢٠٣) والسباعي (ص٩٢) وشحاتة الحسيني (ص٧٨٩) في كتابيهما السابقتين.

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٧٠-٧٢) والهداية (١/ ٢٠٣) وفتح الوهاب (٢/ ٣٨) والاختيار (٣/ ٩٨) والمهذب (٢/ ٣٨) وتبيين الحقائق (١/ ١٣٢) ونيل الاوطار (٦/ ١٤٢) وبداية المجتهد (٢/ ١٥) والمنهاج (٣/ ٢٣٢).

المذهب الثاني: ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن ومالك وأحمد إلى أنه يجوز أن يتولى الوكيل أو الولي طرفي العقد ولا يجوز ذلك إلى الفضولي[1] ويتحقق ذلك في الصور التالية:

أ- أن يكون وكيلاً عن الجانبين.

ب- أن يكون وكيلاً عن جانب أصيلاً من جانب آخر.

جـ- أن يكون ولياً للطرفين.

د- أن يكون ولياً عن جانب أصيلاً من جانب اخر.

هـ- أن يكون وكيلاً عن جانب ولياً من جانب اخر.

وذلك لما روي عن عقبة بن عامر أن النبي (ﷺ) قال لرجل: أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلاناً؟ قالت: نعم فزوج أحدهما صاحبه[2].

ولما روي أن عبد الرحمٰن بن عوف قال لأم حكيم بنت قارظ: أتجعلين أمرك إليّ؟ قالت: نعم، قال: فقد تزوجتك. رواه البخاري[3].

المذهب الثالث: ذهب أبو يوسف إلى جواز تولي الشخص الواحد الإيجاب القبول سواء كان ولياً أو وكيلاً أو فضولياً وذلك لأن عبارة الفضولي تتضمن الإيجاب والقبول، وقياساً على الوكيل والولي[4].

وخالفه في جواز زواج الفضولي أبو حنيفة ومحمد بن الحسن[5] سواء كان فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً من الجانب الآخر، لأن عبارة الفضولي تتضمن شطر العقد ولا يتم الشطر الآخر إلا بوكالة أو ولاية، ويجوز عندهما زواج الفضولي إذا لم يتولى طرفي العقد بأن صدر منه الإيجاب مثلاً وصدر من الوكيل أو الولي أو الأصيل أو فضولي آخر القبول.

ومثال كونه فضولياً من جانب أصيلاً من جانب آخر: أن يقول: زوجت نفسي من فلانة دون علمها.

ومثال كونه فضولياً من جانب وكيلاً من جانب آخر: أن يقول الوكيل: زوجت موكلتي من فلان دون علمه ومثال كونه فضولياً من جانب ولياً من جانب آخر: أن يقول الولي زوجت ابنتي من فلان دون علمه.

---

(١) الهداية (١/ ٢٠٢) والبحر الرائق (٣/ ١٤٦) والدر المختار (٢/ ٣٢٦) والاختبار (٣/ ٩٨) وتبيين الحقائق (٢/ ١٢٣) وحاشية الطحاوي (٢/ ٤٧) ونيل الأوطار (٦/ ١٤٢) وبداية المجتهد (٢/ ١٥) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٢) والشرح الكبير (٢/ ٢٣٣) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣٨) والمقنع (٣/ ٢٦).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ٢٣٢) وسنن أبي داود (٢/ ٥٩٠).

(٣) البحر الرائق (٣/ ١٤٦).

(٤) الهداية (١/ ٢٠٣) والبحر الرائق (٣/ ١٤٩) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٣٢٦) والاختيار (٣/ ٩٨) وتبيين الحقائق (٢/ ١٣٣) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٤٧).

(٥) المراجع السابقة.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الشافعية وزفر حيث جاء في المادة [١٤]: ينعقد الزواج بإيجاب وقبول من الخاطبين أو وكيلهما في مجلس العقد.

ثانياً: الولاية في الزواج

سبق أن بينا آراء الفقهاء في اشتراط الولي في الزواج وفي صحة عقد الزواج بعبارة النساء.

تعريف الولاية: هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى[1]، وهي على أنواع.

والولاية في الزواج نوعان: ولاية اجبار، وولاية ندب أو اختيار.

وقد اختلف الفقهاء فيمن تجب عليه ولاية الإجبار وولاية الاختيار وهذا تقسيم يوضح آراء الفقهاء في المسألة.

أولاً: الولاية على فاقد الأهلية أو ناقصها (البكر الصغيرة):

الكلام في المسألة مفرع على القول الراجح عند الفقهاء بجواز تزويج الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة وسأبين آراء الفقهاء في ذلك بعد هذا التقسيم لأنواع الولاية من الزواج.

لا خلاف بين الفقهاء في أن ولاية الإجبار تثبت على فاقد الأهلية كالمجنون والمعتوه والصغير غير المميز، كما أنها تثبت على ناقص الأهلية كالصغير المميز والصغيرة المميزة، فإذا زَوّجَ من سبق ذكرهم من له ولاية الإجبار من الكفء وبمهر المثل كان الزواج صحيحاً، وإن كره الصغير الزواج وامتنع[2].

١- لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مِنۡ أَمۡرِهِۦ يُسۡرٗا﴾ [الطلاق: ٤].

ووجه الدلالة: أنه جعل لللائي لم يَحِضْن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة إلا من طلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا إذن لها.

٢- وبأن السيدة عائشة قالت: تزوجني النبي (ﷺ) وأنا ابنة ست، وبني بي وأنا ابنة تسع[3] ومعلوم أنها لم تكن في حال يعتبر إذنها.

٣- وبأن علي بن أبي طالب زوج ابنته أم كلثوم وهي صغيرة من عمر بن الخطاب[4].

ثانياً: الولاية على الثيب الصغيرة:

ذهب جمهور الفقهاء (مالك وأبو حنيفة وبعض الحنابلة) إلى أن للأب إجبارها على الزواج،

---

(١) البحر الرائق (٣/ ١١٧) وابن عابدين (٢/ ٢٩٦) والاختيار (٣/ ٩٤).

(٢) المقنع (٣/ ١٥) والهداية (١/ ١٩٦) وفتح الوهاب (٢/ ٣٦) والبحر الرائق (٣/ ١٣٦) وبداية المجتهد (٢/ ٦) والشرح الكبير (٢/ ٢٢٣) وبلغة السالك مع الشرح الصغير (٢/ ١٢).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ١١٤).

(٤) مصنف عبد الرزاق (٦/ ١٣٦).

وذلك لأنها صغيرة، وعلة الولاية ضعف العقل، وعدم إدراك المصلحة في التصرفات وقد توفرت هذه العلة فيها فجاز إجبارها كالصغيرة البكر[1].

وذهب الشافعي وبعض الحنابلة إلى أنه لا يجوز تزويجها بدون إذنها، ولما كان إذن الصغيرة غير معتبر فلا تزوج حتى تبلغ وتأذن[2]، لعموم قوله (ﷺ) «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[3] فالحديث لم يفرق بين الثيب الكبيرة والصغيرة فمدار ولاية الإجبار عند الشافعي البكارة[4].

ثالثاً: الولاية على الثيب البالغة العاقلة:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الثيب البالغة العاقلة لا يملك أحد تزويجها بغير إذنها وذلك:

١- لقوله (ﷺ): «ليس للولي مع الثيب أمر»[5].

٢- ولقوله (ﷺ): «الأيم أحقُ بنفسها من وليها» ولقوله: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر»[6].

٣- ولأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح فلم يجز إجبارها عليه كالرجل.

٤- ولما روي أنَ الخنساء ابنة حذام الأنصارية كانت تحت أنيس بن قتادة فقتل يوم أحد فزوجها أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوف فكرهته، فأتت النبي (ﷺ) فرد نكاحه، ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر[7].

وقد جاء في المادة [١٣] ما نصه: لا تشترط موافقة الولي في زواج الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاماً.

رابعاً: الولاية على البكر البالغة العاقلة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية عنه الى أنه ليس للأب إجبارها على الزواج ولا بد من استئذانها، فإن زوجها من غير استئذان فقد أخطأ السنة وكان العقد موقوفاً على رضاها. وإنما

---

(١) بلغة السالك مع الشرح الصغير (٢/ ٢١) والمقنع (٣/ ١٥) وبداية المجتهد (٢/ ٦) وجواهر الاكليل (١/ ٢٧٧) والشرح الكبير (٢/ ٢٣٢).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٦) والمقنع (٣/ ١٥) والمنهاج (٣/ ٢٢٢) والهداية (١/ ١٩٨) وفتح الوهاب (٢/ ٣٦) والمهذب (٢/ ٣٧) وتبين الحقائق (٢/ ١٢١).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ١١٥، ١١٨) وأبو داود (٢/ ٥٧٧) والنسائي (٦/ ٨٤) والترمذي (٤/ ٢٤٤) ومسلم (٩/ ٢٠٤).

(٤) السنن الكبرى (٧/ ١١٥، ١١٨) وابو داود (٢/ ٥٧٧) والنسائي (٦/ ٨٥).

(٥) السنن الكبرى (٧/ ١١٩) وأبو داود (٢/ ٥٧٩) والنسائي (٦/ ٨٦).

(٦) السنن الكبرى (٧/ ١١٩).

(٧) البحر الرائق (٣/ ١١٧) وابن عابدين (٢/ ٢٩٩) والاختيار (٣/ ٩٢) والمهذب (٢/ ٣٧) وتبيين الحقائق (٢/ ١١٨) والهداية (١/ ١٩٦) والطحطاوي (٢/ ٢٨) وبداية المجتهد (٢/ ٥) والمقنع (٣/ ١٥).

يطالب الولي بتزويجها كيلا تنسب الى الوقاحة، ولذا من المستحب في حقها تفويض الأمر الى الولي[1].

واستدلوا:

١- بقول النبي (ﷺ): «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا: يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: أن تسكت»[2].

٢- ولما روي عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي (ﷺ) فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي (ﷺ)[3].

٣- ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل.

المذهب الثاني: ذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية عنه إلى أن للولي المجبر أن يزوجها بغير إذنها كالصغيرة[4].

واستدلوا:

بما روي عن ابن عباس أن النبي (ﷺ) قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وأذنها صماتها».

ووجه الدلالة: أنه قَسَّم النساء إلى قسمين وأثبت الحق لأحدهما، فدل على نفيه عن الآخر، وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها، والاستئذان مستحب وليس بواجب[5].

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنفية حيث جاء في المادة [٢٢] ما نصه: إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشرة من عمرها وجود ولي لها وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ينظر: فإذا زوجت نفسها من كفء لزم العقد، ولو كان المهر دون مهر المثل، وإن زوجت نفسها من غير كفء، فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح.

فهذه المادة جعلت عقد النكاح صحيحاً وقصرت حق الولي في الاعتراض إذا زوجت نفسها من غير كفء.

زواج الصغير والصغيرة:

اختلف الفقهاء في جواز زواج الصغير أو الصغيرة على ثلاثة مذاهب[6]:-

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ١١٩، ١٢٢) وأبو داود (٢/ ٥٧٣) والنسائي (٦/ ٨٦).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ١١٩، ١٢٢) وأبو داود (٢/ ٥٧٣) والنسائي (٦/ ٨٦).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ١١٧) وأبو داود (٢/ ٥٧٦).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٥) وجواهر الاكليل (١/ ٢٧٩) والشرح الكبير (٢/ ٢٢٣) والخرشي (٣/ ١٧٦) والمقنع (٣/ ١٥) والمنهاج (٣/ ٢٢) وروضة الطالبين (٧/ ٥٣) والهداية (١/ ١٩٦) وفتح الوهاب (٢/ ٣٦).

(٥) الدر المختار (٢/ ٢٩٩).

(٦) نيل الأوطار (٦/ ١٣١) وبداية المجتهد (٢/ ٧) والمقنع (٢/ ٢٤، ١٧) والمنهاج (٣/ ٢٣٤) وروضة الطالبين (٧/ ٥٣) =

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز زواج الصغير والصغيرة ولا يعني جواز الصغيرة الدخول بها، فإن كان الدخول بها يلحق بها ضرراً، فإنه لا يحل للزوج الدخول بها ولو كانت كبيرة السن[1].

واستدلوا بما يأتي:

١- بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤].

فجعل سبحانه للصغيرة التي لم تحض عدة هي ثلاثة أشهر، ولا تكون العدة إلا بعد عقد الزواج فدل ذلك على صحة العقد عليها من غير أن تستأذن لأنها في سن لا يعتبر فيها إذنها.

٢- وبقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] ووجه الدلالة: أن الأيم الأنثى التي لا زوج لها صغيرة كانت أو كبيرة.

٣- وبقول السيدة عائشة رضي الله عنها تزوجني النبي (ﷺ) وأنا ابنة (ست سنين) وبني بي وأنا ابنة تسع[2] فدل هذا الخبر: على أن أباها زوجها دون الرجوع إليها لعدم اعتبار إذنها.

واختلف أصحاب هذا الرأي فيمن يحق له إجراء هذا العقد؟ وهل يكون ملزماً للصغير أم لا ؟.

أ- فذهب الشافعي وأحمد في المشهور عنهما إلى أن ذلك حق الأب فإن لم يكن فالجد عند الشافعية لا الحنابلة، لأن وفرة شفقتهما واستقامة رأيهما يجعل العقد متمحضاً لمصلحة الصغير، وإن كان التزويج من غير كفء، وبأقل من مهر المثل[3].

ب- وذهب الشافعي في قول له وأبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أن ذلك للأب والجد إذا كان التزويج من كفء وبمهر المثل[4].

جـ- وذهب المالكية إلى أنه: لا يجوز تزويج الصغير من غير الأب، أو وصية في التزويج[5] يدل على ذلك: أن قدامة بن مظعون زوج بنت أخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك إلى النبي (ﷺ)

= والهداية (١/ ١٩٨) والبحر الرائق (٣/ ١٢٦) والمهذب (٢/ ٣٧) وفتح الوهاب (٢/ ٣٦) وابن عابدين (٢/ ٣٠٤) والاختيار (٣/ ٩٤) وتبيين الحقائق (٢/ ١٢١) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٣٤) وسبل السلام (٣/ ١١٩) وجواهر الاكليل (١/ ٢٧٨) والشرح الكبير (٢/ ٢٢٢/ ٢٢٤) وبلغة السالك والشرح الصغير (٢/ ٢١) والخرشي (٣/ ١٧٨).

(١) حاشية الطحطاوي (٢/ ٣٣).

(٢) سنن ابي داود (٢/ ٥٩٣) والنسائي (٦/ ٨٢).

(٣) نيل الأوطار (٦/ ١٣١) وبداية المجتهد (٢/ ٧) والمقنع (٣/ ١٤، ١٧) والمنهاج (٣/ ٢٤) وروضة الطالبين (٧/ ٥٣)، والهداية (١/ ١٩٨) والبحر الرائق (٣/ ١٢٦) والمهذب (٢/ ٣٧).

(٤) روضة الطالبين (٧/ ٥٤) وفتح الوهاب (٢/ ٣٦) والمنهاج (٣/ ٢٣٤).

(٥) بداية المجتهد (٢/ ٧) وجوهر الاكليل (١/ ٢٧٨) والشرح الكبير (٢/ ٢٢٢، ٢٤٤) وبلغة السالك والشرح الصغير (٢/ ٢١) والخرشي (٣/ ١٧٨).

فقال «إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها»[1] واليتيمة: هي الصغيرة التي مات أبوها لقوله (ﷺ): «لا يُتْم بعد حلم»[2] فدل ذلك: على أن الأب وحده هو الذي يملك حق تزويج الصغير أو الصغيرة[3].

د- وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية وجماعة من الفقهاء إلى أن لجميع الأولياء الحق في تزويج الصغير أو الصغيرة من الكفء وبمهر المثل، وللصغير حق فسخ العقد عند البلوغ، وإذا زوجهما الأب أو الجد فلا خيار للصغيرين بعد البلوغ لكمال شفقة الأب والجد، ولا يكون الفسخ إلا عن طريق القضاء، واذا علمت بالزواج بعد البلوغ فسكتت فهو رضاء به[4].

المذهب الثاني: عدم جواز تزويج الصغير مطلقاً، والى هذا ذهب ابن شبرمة وأبو بكرالأصم[5].

واستدلوا:

١- بقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦].

ووجه الدلالة من الآية: أن علامة انتهاء الصغر هو بلوغ سن النكاح، فلو كان زواج الصغير صحيحاً لما كان لهذه الغاية معنى.

٢- ولأنه لا فائدة من هذا الزواج، إذ الزواج للمعاشرة والتناسل والسكن النفسي، ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغير، بل يكون فيه ضرر بالغ لإجبارهما على حياة مشتركة مؤبدة دون التأكد من الانسجام بينهما.

وقال: إن زواج النبي (ﷺ) لعائشة من خصوصياته. وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بهذا الرأي فمنع زواج الصغير أو الصغيرة كما جاء في المادة الخامسة.

المذهب الثالث: ذهب ابن حزم إلى التفرقة بين زواج الصغير وزواج الصغيرة، فتزويج الأب للصغيرة جائز وأما تزويجه للصغير باطل، وذلك عملاً بالآثار المروية[6].

سن البلوغ:

للبلوغ علامات يعرف فيها بالنسبة للذكر والأنثى، فهي بالنسبة للذكر الاحتلام مع الإنزال، وبالنسبة

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ١٢٠).

(٢) مصنف عبد الرزاق (٧/ ٤٦٤).

(٣) الهداية (١/ ١٩٨) والبحر الرائق (٣/ ١٢٦) وتبيين الحقائق (٢/ ١٢١).

(٤) الهداية (١/ ١٩٨) والبحر الرائق (٣/ ١٢٣، ١٢٨)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٣٠٤، ٣٠٦) والاختيار (٣/ ٩٤) وتبيين الحقائق (٢/ ١٢١) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٣٤) وسبل السلام (٣/ ١١٩) وبداية المجتهد (٢/ ٧) والمقنع (٢/ ٧).

(٥) المبسوط (٤/ ٢١٢).

(٦) المحلى (٩/ ٤٥٨، ٤٦٢).

للأنثى الحيض أو الاحتلام. فإن ظهر شيء من ذلك حكم ببلوغ الشخص، وإلا فيحكم ببلوغه بالسن.

وقد اختلف الفقهاء في تقدير سن البلوغ.

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن أقل سن البلوغ الفتى اثنتا عشرة سنة، وللفتاة تسع سنوات، وأكثره خمس عشرة سنة للغلام والبنت.

وذهب أبو حنيفة إلى أن نهايته ثماني عشرة سنة للغلام وسبع عشرة سنة للجارية.

ويلاحظ أن الشارع لم يحدد سناً للبلوغ لأنه يختلف باختلاف الأشخاص صحة وقوة وضعفاً وباختلاف البلاد حرارة وبرودة، وسن البلوغ هو مظنة تحقيق الزواج لغاياته ولذا ربطه الشارع به.

وقد جاء في المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية[1]: يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب والمخطوبة عاقلين وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة سنة شمسية إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذا السن إذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره، وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية.

ويلاحظ على المادة القانونية أنها قد رفعت سن الزواج لغايات منها: أهلية كل من الزوجين لتكوين أسرة وتحمل تبعاتها المالية، فالزوج الذي لم يبلغ الثامنة عشرة من عمره يعتبر ناقص الأهلية ليس له أن يتصرف في أمواله إلا بإذن وليه، ومنها: تقليل حالات الطلاق؛ فقد لوحظ ازدياد حالات الطلاق بين من هم دون سن الثامنة عشرة لعدم تقديرهم لمعنى الأسرة وغاياتها، ومع أن هذه المبررات فيها من الوجاهة إلا أن رفع السن إلى الثامنة عشرة لكل من الذكر والأنثى فيه افتئات على حق فطري لمن يرغب في الزواج بعد نضجه الجنسي، ويمس جوانب إنسانية أخرى تدعو للزواج دون هذه السن، ولذا استثنى المشرع وأجاز اجراء الزواج لهذه الأسباب بإذن قاضي القضاة.

زواج المجنون:

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم اشتراط العقل لصحة الزواج، فيجوز للولي أن يزوج المجنون والمجنونة والمعتوه[2].

وقال الشافعية: يلزم الأب والجد ومثلهما الحاكم عند عدمهما بتزويج مجنون أو مجنونة ظهرت حاجتها لذلك، أو يتوقع شفاؤهما بالزواج[3].

وقال المالكية: للحاكم أن يجبر المجنون على الزواج إن تعين الزواج طريقاً لصيانته من الزنا والضياع[4].

---

(١) تم تعديل المادة الخامسة وفق النص المذكور بموجب القانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١ المعدل لقانون الأحوال الشخصية.

(٢) البحر الرائق (٣/ ٨٣، ١٢٧)، وحاشية الطحطاوي (٢/ ٣٢).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٧٧، ٩٤و٩٥) والمهذب (٣/ ٣٧) والمنهاج (٣/ ٢٣٠).

(٤) جواهر الاكليل (١/ ٢٨٦) والشرح الكبير (٢/ ٢٤٤).

وقال زفر: إذا بلغ عاقلاً ثم طرأ عليه الجنون فلا يملك أحد تزويجه[1].

وقد أخذ القانون برأي الشافعية وعلق صحة العقد على إذن القاضي كما جاء في المادة الثامنة حيث نصت على: أن للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له.

ترتيب الأولياء:

١- الابن وابنه وأن نزل يقدم على الأب وهذا مذهب الحنفية والمالكية، ذلك لأن الابن أولى من الأب بالميراث وأقوى تعصيباً[2].

وذهب الشافعية: إلى أنه لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن ابن عم أو حاكماً فيلي بذاك لا بالبنوة لأن طبع الابن أنه ينفر من تزويج أمه[3].

وذهب الحنابلة: إلى أن الأب مقدم على الابن وهو رواية عن مالك[4] وذلك لقوله (ﷺ) «أنت ومالك لأبيك»[5] ولأن الأب أكمل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه.

ورد القائلون بجواز ولاية الابن على الشافعية بأن رسول الله (ﷺ) أرسل إلى أم سلمة لما انقضت عدتها يخطبها. فقالت: يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهداً، فقال: ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك، فقالت: قم يا عمر فزوج رسول الله فزوجه[6].

٢- الأب، ثم الجد أبو الأب. وإن علا، وعن أحمد روايتان، أحدهما: أن الابن مقدم على الجد، والثانية: أن الجد مقدم على الابن.

٣- الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب.

٤- العم الشقيق، ثم العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، ثم عم الأب الشقيق، ثم عم الأب لأب، ثم ابن عم الأب الشقيق، ثم أبناؤهم، ثم عم الجد الشقيق، ثم عم الجد لأب، ثم أبناؤهم وإن نزلوا مع تقديم الابن الشقيق على الابن لأب.

فإذا لم يكن من العصبات أحد كانت الولاية للحاكم عند أبي يوسف ومحمد وجمهور الفقهاء لقوله (ﷺ) «النكاح إلى العصبات».

وذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا فقدت العصبات انتقلت الولاية الى الأم، ثم لأم الأب، ثم للبنت إذا

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٣١٦).

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٢/ ٣١١) والاختيار (٣/ ٩٦) والمهذب (٢/ ٣٧) وتبين الحقائق (٢/ ٢٧) والطحطاوي (٢/ ٤٦) وبداية المجتهد (٢/ ١٢) وجواهر الاكليل (١/ ٢٧٨) والشرح الكبير (٢/ ٢٢٥) وبلغة السالك مع الشرح الصغير (٢/ ٢٤) والخرشي (٣/ ١٨٠).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٦٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٦) والمهذب (٢/ ٣٦) والمنهاج (٣/ ٢٢٤).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ١٢) والمقنع (٣/ ١٩).

(٥) السنن الكبرى (٧/ ٤٨٠).

(٦) السنن الكبرى (٧/ ١٣١) وسنن االنسائي (٦/ ٨٢).

كانت أمها مجنونة، ثم لبنت الابن، ثم لبنت البنت، ثم لبنت ابن الابن، ثم لبنت بنت البنت، ثم للأخت الشقيقة، ثم لذوي الأرحام العمات، ثم الأخوال، ثم الخالات، ثم بنات الأعمام، وبهذا الترتيب أولادهم فاذا فقد هؤلاء انتقلت الولاية للحاكم.

وحجته في ذلك: أن الولاية مستحقة باعتبار الشفقة وهي موجودة فيمن ذكرنا فثبت لهم ولاية التزويج، وإنما قدمت قرابة الأب على قرابة الأم لأنهم عصبات كما في الميراث حيث قدم العصبات على ذوي الأرحام[1].

وقد نص القانون على أن الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة كما جاء في المادة [٩].

شروط الولي:

١- العقل: فلا ولاية لمجنون أو معتوه.

٢- البلوغ: فلا ولاية لصبي على غيره لأنه لا ولاية له على نفسه.

٣- الحرية: فلا ولاية لعبد لأنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى.

٤- الإسلام: فلا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النساء: ١٤١].

ولقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، أما اذا كانت المخطوبة كتابية فلا يشترط إسلام الولي.

٥- العدالة: وقد اختلف الفقهاء في اشتراطها في الولي. فذهب الشافعي في أحد قوليه وأحمد في رواية إلى أن العدالة شرط في الولي لقوله (ﷺ): «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل». وذهب جمهور الفقهاء والشافعي في القول الثاني وأحمد في الرواية الثانية إلى أن ولاية الفاسق في النكاح صحيحة، لأن سبب الولاية القرابة، وشرطها النظر، وغير العدل قريب ناظر فيلي كالعدل[2].

٦- اشترط الشافعية وجماعة من المالكية في الولي عدم اختلال النظر لهرم أو خبل جبلي أو عارض وسلامته من الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة، فإن وجد شيء مما سبق انتقلت الولاية إلى الأبعد، ولم يشترط ذلك الحنفية، وهذا هو المشهور من مذهب المالكية[3].

---

(١) انظر فيما سبق من ترتيب الأولياء روضة الطالبين (٧/ ٥٩) والهداية (١/ ١٩٨، ٢٠٠)، وفتح الوهاب (٢/ ٣٦) والبحر الرائق (٣/ ١٢٧، ١٣٣) والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٢/ ٣١٢/ ٣١٣) والاختيار (٣/ ٩٥) وتبيين الحقائق (٢/ ١٢٦) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٣٨) ونيل الأوطار (٦/ ١٢٨) وجواهر الاكليل (١/ ٢٧٩) والخرشي (٣/ ١٨٠) والمقنع (٣/ ١٩) والمنهاج (٣/ ٢٢٤).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٦٢-٦٦) والهداية (١/ ١٩٩) وفتح الوهاب (٢/ ٣٧) والبحر الرائق (٣/ ١٣٢) والاختيار (٣/ ٩٦) والمهذب (٢/ ٣٦) وتبين الحقائق (٢/ ١٢٥) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٣٨) وبداية المجتهد (٢/ ١١) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٢) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣٣) والمقنع (٣/ ٢٠و٢١و٢٢).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٦٣) وفتح الوهاب (٢/ ٣٧) وبداية المجتهد (٢/ ١١) والمنهاج (٣/ ٢٢٧) وبلغة السالك (٢/ ٣٣). =

ولم يشترط القانون العدالة في الولي أخذاً برأي جمهور الفقهاء، فقد جاء في المادة [١٠] ما نصه: يشترط في الولي أن يكون عاقلاً بالغاً وأن يكون مسلماً إذا كانت المخطوبة مسلمة.

تعدد الأولياء:

إذا تعدد الأولياء فإن كان أحدهما أقرب درجة فهو أولى، وإن كان الوليان من جهة واحدة ودرجة واحدة، كأن يكون لها أخوان أو عمّان فإن كانت جهة أحدهما أقوى من الاخر بأن يكون أحدهما شقيقاً، والآخر أخاً لأب، قدم الأقوى، فإن استويا في الجهة وفي درجة الاتصال، بأن كانا أخوين شقيقين، كانا في الولاية سواء، وصح لكل واحد منهما أن يتولى تزويجها، وإن كان الآخر معترضاً على الزواج.

ويستحب أن يزوجها أعلمهم بالفقه، فإن كانوا فيه سواء فأورعهم، فإن كانوا فيه سواء فأسنهم، وإذا زوجها الوليان وهما في درجة واحدة من زوجين فالزواج الصحيح الأول منهما، وإن زوجاها من رجلين في ساعة واحدة لم يصح زواج أي منهما[١].

وهذا ما جاء في المادة [١١] حيث نصت على: أن رضاء أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة.

غيبة الولي:

سبق أن بينا أن الولاية تكون مرتبة، وعلى ذلك فليس للبعيد منهم ولاية مع وجود من هو أقرب منه إذا كان مستكملاً للشروط، ولكن إذا غاب الولي الأقرب المستكمل لشروط الولاية ووجد خاطب كفء لا ينتظر حضور الولي، وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقلت الولاية إلى القاضي في الراجح عند الشافعية وزفر. وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنها تنتقل إلى الولي الأبعد وهو القول الثاني للشافعية[٢].

وقد نص القانون على انتقال الولاية في هذه الحالة إلى القاضي، حيث جاء في المادة [١٢]: اذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقل حق الولاية إلى القاضي.

ولا تعارض بين هذه المادة والمادة [١١] التي تنص على: أن رضاء الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب يسقط حق اعتراض الولي الغائب. فإن الذي يستفاد من هذه المادة أنه ليس للولي الأقرب الغائب الاعتراض بعد حضوره على عدم كفاءة الزوج إذا رضي الولي الأبعد به. وهذا لا ينافي أن تكون الولاية عند غياب الولي الأقرب إلى القاضي ويبقى معها حق الأولياء في الاعتراض على عدم كفاءة الزوج.

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٨٧) وفتح الوهاب (٢/ ٣٨) والبحر الرائق (٣/ ١٢٨و١٣٨) وابن عابدين (٢/ ٢٩٨) والاختيار (٣/ ٩٧) والمهذب (٢/ ٣٦، ٣٩) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٢٧) وبداية المجتهد (٢/ ١٤) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٣) والخرشي (٣/ ١٩١) والمقنع (٣/ ٢٥).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٦٨) والهداية (١/ ٢٠٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٦) والبحر الرائق (٣/ ١٣٥) والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٢/ ٣١٥) والاختيار (٣/ ٩٦) والمهذب (٢/ ٣٧) وتبين الحقائق (٢/ ١٢٧) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٤٠) وبداية المجتهد (٢/ ١٣) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨١) والمقنع (٣/ ٢٦).

عـضل الولي:

العضل: منع المرأة من التزويج من الكفء وبمهر المثل إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه.

وهذا القدر متفق عليه بين الفقهاء. والعضل حرام[1] قال تعالى: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

فقد روي في مناسبة نزول هذه الآية أن معقل بن يسار زوج أختاً له من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقال له معقل: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود لك أبداً، وكان رجلاً لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله سبحانه وتعالى الآية، قال معقل: الآن أفعل يا رسول الله، فزوجها إياه[2].

وأما اذا أرادت المرأة أن تتزوج من كفء بأقل من مهر مثلها: فقد اختلف الفقهاء في حق الأولياء في منعها من الزواج على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب أبو حنيفة إلى أن لوليها منعها من التزويج بدون مهر مثلها فلا يعتبر عاضلاً لها، لأنهم يعيرون بذلك. وفيه ضرر على نسائها لنقص مهر مثلها.

المذهب الثاني: ذهب الشافعي وأحمد وصاحبا أبي حنيفة إلى أنه ليس للولي منعها[3] وعلى ذلك يكون عاضلاً لها، لأن المهر خالص حقها، وعوض يختص بها، فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه، كثمن عبدها وأجرة دارها، ولأن النبي (ﷺ) قال لرجل أراد أن يزوجه: «التمس ولو خاتماً من حديد». وقال (ﷺ) لامرأة زوجت نفسها بنعلين: «أرضيت بنعلين من نفسك» قالت: نعم، فأجازه النبي، ولأن لها اسقاط المهر كله بعد وجوبه فبعضه أولى.

وإذا أرادت أن تتزوج من كفء وأراد وليها تزويجها من كفء آخر، كان للولي المجبر ذلك في رأي الشافعية، ويستحب للأب أن يستأذنها وأن لا يفعل ذلك بغير رضاها.

والرأي الثاني للشافعية يعتبر عاضلاً، ويزوجها السلطان[4] وذهب جماعة من الحنفية والمالكية إلى أنه يكون عاضلاً بذلك، وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يكون عاضلاً[5].

وقد اعتبر القانون رأي الجمهور حيث نص على جواز عضل الولي في حالة كون الزوج غير كفء للزوجة كما جاء في المادة [٦] فقرة -أ- غير أنه ورد في نفس المادة أن للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت خمس عشرة سنة من عمرها من الكفء في حال عضل الولي غير الأب أو الجد

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ٥٤) والمهذب (٢/ ٣٧) وبداية المجتهد (٢/ ١٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٢/ ٣١٦) والمقنع (٣/ ١٢).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٥٥) والمقنع (٣/ ١٢).

(٤) روضة الطالبين (٧/ ٥٥) وفتح الوهاب (٢/ ٣٧).

(٥) حاشية ابن عابدين (٢/ ٣١٦) والشرح الكبير (٢/ ٢٣١).

من الأولياء بلا سبب مشروع.

فعبارة بلا سبب مشروع تدل على اعتبار الكفاءة ومهر المثل لأنهما المعتبران عند الحنفية وحيث أن القانون لم ينص صراحة على اعتبار الكفاءة فقط كما هو مذهب الجمهور تعين الرجوع إلى الراجح من مذهب الحنفية عملاً بالمادة [١٨٣] والراجح عندهم أن الولي لا يعتبر عاضلاً في حالتين:

١- اذا أرادت أن تزوج نفسها من غير كفء.

٢- اذا أرادت أن تزوج نفسها بأقل من مهر المثل.

ومثل هذا الايهام يحسن اجتنابه.

من تنتقل إليه الولاية في حالة عضل الولي ؟:

إذا عضل الولي المرأة من الزواج انتقلت الولاية للحاكم عند الشافعية والمالكية وجمهور الحنفية ورواية عن أحمد، وذلك لقول النبي (ﷺ): «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[١].

ولأن العضل ظلم وولاية رفع المظالم عن الناس إنما هي حق الحاكم.

ولأن امتناع الولي الأقرب عن التزويج قد يكون لسبب معقول كأن يكون الممتنع يرى أن الزوج غير كفء والولي الأبعد يرى أنه كفء، فتدافع نظر الولي الأقرب مع الولي الأبعد فاحتاج إلى الفصل بينهما، ولذا كانت الولاية إلى الحاكم.

وذهب أحمد في رواية ثانية وبعض الحنفية إلى أن الولاية تنتقل إلى الولي لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكها الأبعد كما لو جن الولي الأقرب[٢].

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الجمهور حيث جعل الولاية عند العضل للقاضي، ولكنه فرق بين العضل إذا كان من الأب أو الجد، والعضل إذا كان من غيرهما.

فجعل الأمر إلى القاضي في الحالة الأولى عند طلب المخطوبة إذا أتمت الثامنة عشر عاماً وكان العضل بلا سبب مشروع.

وجعل الأمر إلى القاضي في الحالة الثانية عند طلب المخطوبة إذا أتمت الخامسة عشر عاماً وكان العضل بلا سبب مشروع.

وهذا نص المادة [٦] -أ-: للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشر من عمرها من الكفء في حالة عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع.

أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت أتمت ثمانية عشر عاماً وكان العضل بلا سبب مشروع.

---

(١) سنن الدرامي (٢/ ١٣٧) وسنن أبي داود (٢/ ٥٦٨).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٧٧) وفتح الوهاب (٢/ ٣٦) ومنحة الخالق على البحر الرائق (٣/ ١٣٦) والبحر الرائق (٣/ ١٣٦) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٣١٦) والمهذب (٢/ ٣٧٦) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٤) وبلغة السالك (٢/ ٣٧) والخرشي (٣/ ١٨٩) والمقنع (٣/ ٢٢) والمنهاج (٣/ ٢٢٥).

ثالثاً: محل العقد

ويشترط فيه ألا يقوم به مانع يمنع من حل الاستمتاع، سواء كان المانع مؤبداً أو مؤقتاً، وهذا يقتضي الحديث عن المحرمات من النساء.

المحرمات من النساء

المحرمات من النساء قسمان: محرمات حرمة مؤبدة لايحل الزواج بهن أصلاً، ومحرمات حرمة مؤقتة وتحريم الزواج بهن لالذاتهن وإنما لمانع قام بهن، فإن زال المانع جاز الزواج بهن وسنتكلم على هذين القسمين تفصيلاً.

القسم الأول: المحرمات حرمة مؤبدة:

وهن ثلاث أصناف: محرمات بسبب القرابة، ومحرمات بسبب المصاهرة، ومحرمات بسبب الرضاعة.

الصنف الأول: المحرمات بسبب القرابة:

وهن أربعة أنواع: -

١- فروع الرجل من النساء وفروع فروعه وإن نزلن، فتحرم عليه: بنته وبنت بنته وبنت ابنه وبنت ابن ابنه وبنت بنت بنته وهكذا.

٢- أصول الرجل من النساء وأصول أصوله وإن عَلَون، فتحرم عليه: أمه وأم أبيه، وأم أمه وجدة أبيه، وجدة أمه وهكذا.

٣- فروع أبويه وفروع فروعهما وإن نزلن، فيحرم عليه أخواته مطلقاً شقيقات كُنَّ أو لأب أو لأم، وتحرم عليه بنت أخته، وبنت أخيه، وبنت بنت أخيه، وبنت بنت أخيه، وبنت ابن أخته وبنت ابن أخيه وهكذا.

٤- فروع أجداده وجَدَّاته إذا انفصلن بدرجة واحدة فيحرم عليه: عماته وخالاته وعمات أبيه وعمات أمه، وخالات أمه وخالات أبيه وهكذا.

ولا يحرم عليه: بنات الأعمام وبنات العمات وبنات الأخوال وبنات الخالات، لأنهن انفصلن عن أجداده بدرجتين لابدرجة واحدة.

والدليل على تحريم ماسبق قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣].

فحرمت هذه الأنواع بالنص، والجدة: أم لأن الأم في اللغة: الأصل ومنه قوله تعالى: ﴿وَعِندَهُۥٓ أُمُّ ٱلْكِتَٰبِ﴾ [الرعد: ٣٩]. وانعقد الإجماع على حرمتها، وفروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة يطلق عليهن عمات وخالات، وكذلك بنت البنت أو بنت الابن تسمى أختا وانعقد الإجماع على تحريمهن(١).

وجاء في المادة [٢٤] من القانون: يحرم على التأبيد تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرم منه وهن أربعة:

١- أمه وجَدَّاته.

٢- بناته وحفيداته وإن نزلن.

٣- أخواته وبنات أخواته وبناتهن وإن نزلن.

٤- عماته وخالاته.

حكم تحريم البنت من الزنا

وتحرم البنت التي تولد من الزنا على الزاني وإن ثبت نسبها للزاني، عند جمهور العلماء لأن علةَ التحريم الجزئيةُ وصلةُ الدم، وهما ثابتان، فيثبت معها التحريم عند جمهور الفقهاء.

وذهب الشافعي إلى القول: بعدم حرمة البنت من الزنا لأن التحريم يثبت بالقرابة من النسب الصحيح، ويكره له الزواج منها وإن تيقن إنها من مائة ففي الزواج منها عندهم قولان الأول: يصح وهو الأصح والثاني: يحرم عليه(٢).

الصنف الثاني: المحرمات بسبب المصاهرة:

وهن أربعة أنواع:

١- فروع زوجته المدخول بها سواء بقيت الزوجة في عصمته أو طلقها أم ماتت، فيحرم عليه بنات زوجته المدخول بها من غيره، وبنات بناتها وبنات أبنائها، فإن لم يدخل بالأم بأن عقد عليها فقط لاتحرم البنت، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. والآية الكريمة معطوفة على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

---

(١) روضة الطالبين (٧/١٠٧، ١٠٨) والهداية (١/١٩١) وفتح الوهاب (٢/٤١) والبحر الرائق (٣/٩٨و٩٩) وابن عابدين (٢/٢٧٧) والاختيار (٣/٨٥) والشرح الكبير (٢/٢٥١) والمنهاج (٣/٢٤٠) والمهذب (٢/٤٣) وتبيين الحقائق (٢/١٠٢) وحاشية الطحطاوي (٢/١٣) وبداية المجتهد (٢/٢٨) وجواهر الاكليل (١/٢٨٨).

(٢) روضة الطالبين (٧/١٠٩) والبحر الرائق (٣/٩٩) وابن عابدين (٢/٢٧٧) والمهذب (٢/٤٣) وجوهر الاكليل (١/٢٨٨) وشرح الصغير (٢/٥٨).

والربيبة: هي ابنة الزوجة. وسميت بذلك لأنه يربيها في الغالب في حجره، وليس شرطاً لتحريمها أن تربى في الحجر فإن الشرط في الآية خرج مخرج الغالب وليس بقيد. وقال داود ومالك[1] لاتحرم الربيبة إلا إذا كانت صغيرة وقت التزوج وجعلت في حجره وتكلفها تمسكاً بظاهر الآية لأن الصغيرة هي التي في حجره دون الكبيرة.

٢- أصول زوجته سواء دخل بزوجته أم لا فيحرم عليه أم زوجته وجداتها بمجرد العقد عليها وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٣] والاية معطوفة على قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ ﴾.

٣- زوجات أصوله فيحرم عليه زوجة أبيه وإن لم يدخل بها، وزوجة جده لأبيه، وزوجة جده لأمه وإن علوا، وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَۚ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَمَقۡتٗا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ٢٢].

٤- زوجات فروعه، فيحرم عليه: زوجة ابنه وإن لم يدخل بها، وزوجة ابن ابنه وزوجة ابن ابنته وإن نزلوا، وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ ﴾ [النساء: ٢٣].

وقيد الله سبحانه وتعالى الأبناء أن يكونوا من الأصلاب ليخرج زوجات الأبناء بالتبني فإنهن لايحرمن، وقد حرم التبني في الإسلام[2].

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه عامة الفقهاء حيث نصت المادة [٢٥] على ما يأتي: يحرم على التأبيد تزوج الرجل بامرأة بينه وبينها مصاهرة وهن على أربعة أصناف:-

١- زوجات أولاد الرجل وزوجات أحفاده.

٢- أم زوجته وجداتها مطلقاً.

٣- زوجات أب الرجل وزوجات أجداده.

٤- ربائبه، أي: بنات زوجته وبنات أولاد زوجته.

ويشترط في الصنف الرابع الدخول بالزوجات.

حكم اللمس بشهوة

ذهب أبو حنيفة وبعض الحنابلة والشافعي في أحد قوليه إلى أن اللمس بشهوة لأية امرأة مشتهاه كالدخول الحقيقي بها، فيحرم به مايحرم بالدخول الحقيقي بها، ولا فرق بين العمد والخطأ والإكراه والنسيان في ذلك، فتحرم عليه ابنتها لأنها ربيبته وتحرم عليه أمها.

---

(١) تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٢) وبداية المجتهد (٢/ ٢٩).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ١١١) والهداية (١/ ١٩٠) وفتح الوهاب (٢/ ٤٢) والبحر الرائق (٣/ ١٠٠و١٥٠) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٧٨) والاختيار (٣/ ٨٥) والمهذب (٢/ ٤٢) وتبيين الحقائق (٢/ ١٠٢) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٨) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٥٩).

وذهب الشافعي في القول الراجح عنه وجماعة من الحنابلة إلى أنه لايفضي إلى التحريم فلا تحرم عليه ابنتها ولا أمها[١].

حكم النظر بشهوة

ذهب الحنفية ومالك وبعض الحنابلة إلى أن النظر إلى فرج مشتهى بشهوة كالدخول الحقيقي فيحرم به مايحرم بالدخول الحقيقي، وذلك لقوله (ﷺ) «إذا نظر الرجل إلى فرج امرأة حرمت عليه أمها وبنتها»[٢] وأما النظر بشهوة إلى غير الفرج فلا ينشر الحرمة، والمعتبر في التحريم النظر الى الفرج الداخل لا الخارج في الراجح عندهم.

وذهب الشافعي وجماعة من الحنابلة إلى أنه لايحرم إلا الدخول الحقيقي لعدم قيام الدليل، وما استدل به الحنفية لاتقوم به حجة لضعفه[٣].

حكم الدخول الحقيقي بغير عقد

ذهب جمهور الفقهاء الى أن الدخول الحقيقي بغير عقد كالدخول الصحيح فيما يثبت به من الحرمة إذا كان هذا الدخول حلالاً في أصله كالدخول بملك اليمين، أو كان حراماً في ذاته ولكن وجدت شبهة أسقطت الحد عن الفاعل كالدخول في نكاح بدون ولي أو شهود كالوطء بشبهة، وذهب بعض الفقهاء إلى أن النكاح الفاسد لاتتعلق به حرمة المصاهرة[٤].

واختلف الفقهاء في الدخول الذي يعتبر زنا يوجب الحد، فذهب الشافعي ومالك في رواية عنه إلى أنه لايوجب حرمة المصاهرة[٥].

وذهب أبو حنيفة وأحمد ومالك في الرواية الثانية إلى أنه يوجب حرمة المصاهرة كالدخول في العقد الصحيح[٦].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٢٩) والمقنع (٣/ ٣٣) والمنهاج (٣/ ٢٤٣) وابن عابدين (٢/ ٢٨٠) والاختيار (٣/ ٨٥، ٨٨) وفتح الوهاب (٢/ ٤٢) والبحر الرائق (٣/ ١٠٠و١٥٠) والمهذب (٢/ ٤٢) وتبيين الحقائق (٢/ ١٠٦) وحاشية الطحطاوي (٢/ ١٥و١٦) وروضة الطالبين (٧/ ١١٣) والهداية (١/ ١٩٢).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ١٧٠).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ١١٤) والبحر الرائق (٣/ ١٠٧) وابن عابدين (٢/ ٢٨٠) والاختيار (٣/ ٨٨) وتبيين الحقائق (٢/ ١٠٦) وبداية المجتهد (٢/ ٢٩) والشرح الكبير (٢/ ٢٥٢) والمقنع (٣/ ٣٣) والمنهاج (٣/ ٢٤٣).

(٤) روضة الطالبين (٧/ ١١١، ١١٢) والهداية (١/ ١٩٢) وفتح الوهاب (٢/ ٤٢) والمهذب (٢/ ٤٢).

(٥) روضة الطالبين (٧/ ١١٣) الهداية(١/ ١٩١) وفتح الوهاب (٢/ ٤٢) والحبر الرائق (٣/ ١٠٥) والمهذب (٢/ ٤٣) وحاشية الطحطاوي (٢/ ١٥) وبداية المجتهد (٢/ ٣٠) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٩) والشرح الصغير (٢/ ٦٠).

(٦) الهداية (١/ ١٩١) وابن عابدين (٢/ ٢٨٠) والاختيار (٣/ ٨٨) والطحطاوي (٢/ ١٥) وبداية المجتهد (٢/ ٣٠) والمقنع (٣/ ٣).

الصنف الثالث: المحرمات بسبب الرضاع:

الرضاع -بفتح الراء وكسرها- لغة: شرب اللبن من ثدي المرأة والبهيمة[1].

وشرعاً: مَصُّ الرضيع اللبن من ثدي امرأة آدمية في زمان مخصوص[2].

فلا يعتبر رضاع الرجل الكبير مُحرماً عند الجمهور، كما لاينشر لبن البهيمة الحرمة، فلو رضع اثنان من بهيمة لايترتب على هذا الرضاع الأحكام الشرعية الرضاعية.

واللبن الذي حلب من امرأة ثم ماتت وسقي به الصبي ينشر الحرمة، وكذلك اللبن الذي أخذ من المرأة بعد موتها، ويرى الشافعية أن لبن الميتة لاينشر الحرمة.

ولبن الرجل لايوجب الحرمة لأنه ليس بلبن على الحقيقة، لأن اللبن إنما يتصور ممن تصور منه الولادة فصار كلبن الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين.

ولا فرق عند أبي حنيفة والشافعي ومالك بين أن تكون المرأة بكراً أو ثيباً متزوجة أو غير متزوجة، وقال أحمد: لايحرم الرضاع إلا إذا كان بلبن ثار في ضرع المرأة بسبب حمل[3].

ولا فرق عند الجمهور بين[4] أن يمتص الرضيع الثدي أو يسقى اللبن، وعن أحمد روايتان الأولى: كمذهب الجمهور، والثانية: أن الرضاع لاينشر الحرمة إلا إذا امتص الرضيع اللبن من الثدي مباشرة.

ويشترط لثبوت الحرمة بالرضاع أن يصل اللبن إلى الجوف عن طريق الفم والأنف فإذا وصل عن طريق الأذن والإحليل والحقنة فلا يحرم في الأصح[5].

واختلف في التحريم بالرضاع إذا ما خلط اللبن بغيره، بماء أو دواء أو لبن بهيمة.

فذهب الحنفية وجماعة من المالكية إلى أنه استهلاك اللبن في السائل فلا يثبت بشربه حرمة، لأن المشروب لايسمى لبناً.

وذهب الشافعية والحنابلة وجماعة من المالكية إلى ثبوت الحرمة به وإن كان مغلوباً[6].

وإن خلط اللبن بطعام أو طبخ على النار فذهب الحنفية إلى عدم ثبوت الحرمة به مطلقا سواء كان

---

(١) البحر الرائق (٢/ ٢٣٧).

(٢) البحر الرائق (٣/ ٢٢٨).

(٣) البحر الرائق (٣/ ٢٣٨، ٢٣٥، ٢٤٦) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣٠٥) والخرشي (٤/ ١٧٦) والمقنع (٣/ ٢٩٧) والاختيار (٣/ ١١٩) والمهذب (٢/ ١٥٥، ١٧٥) وجواهر الاكليل (١/ ٣٩٩) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٢).

(٤) البحر الرائق (٣/ ٢٣٨) والمقنع (٣/ ٣٠٠) وبداية المجتهد (٢/ ٣٢) وجواهر الاكليل (١/ ٣٩٩).

(٥) المهذب (٢/ ١٥٦) وتبيين الحقائق (٢/ ١٨٥) وجواهر الاكليل (١/ ٣٩٩) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٣) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣٠٥) والخرشي (٤/ ١٧٧) والبحر الرائق (٣/ ٢٣٨، ٢٤٦) والاختيار (٣/ ١٢٠).

(٦) والخرشي (٤/ ١٧٧) والبحر الرائق (٣/ ٢٤٥) والاختيار (٣/ ١١٩) والمهذب (٢/ ١٥٧) وتبيين الحقائق (٢/ ١٨٥) وبداية المجتهد (٢/ ٣٣) وجواهر الاكليل (١/ ٣٩٩) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٣) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣٠٥).

اللبن غالباً أو مغلوباً.

وقال المالكية وصاحبا أبي حنيفة: إن كان اللبن مغلوباً فلا يثبت به حرمة. وإذا جعل اللبن جبناً وأطعم الصبي تعلق به التحريم[1].

وإن خلط بلبن امرأة أخرى ثبت التحريم للغالب عند الحنيفة وإن استويا ثبت التحريم بهما.

وذهب جمهور الفقهاء ومحمد بن الحسن إلى ثبوت التحريم بكل منهما[2].

ويجب على المرأة أن ترضع الطفل عند خوف الهلاك إحياء النفس، وينبغي على المرأة إلا ترضع الطفل من غيرها من غير حاجة ظاهرة، فإن فعلت فلتكتب أو تحفظ ذلك، كما يكره لها أن ترضع الطفل من غير إذن زوجها[3].

ويصير زوج المرضعة أباً للرضيع إذا كان اللبن الذي أرضعته للطفل بسبب ولادتها منه، وأخ الزوج عم للرضيع وأب الزوج جد للرضيع[4].

واللبن الذي كان بسبب الزنا يثبت به التحريم بالنسبة للمرأة إجماعاً، ولا يثبت الحرمة به في حق الفحل الزاني في الراجح عند الحنفية، وهو المشهور عند المالكية ولا يثبت التحريم عند الشافعي والحنابلة[5].

والمحرمات بسبب الرضاع ثمانية أنواع؛ اذ يحرم من الرضاع مايحرم من النسب والمصاهرة:

١- فروع الرجل من الرضاعة، فتحرم عليه: ابنته رضاعاً وهي التي رضعت من لبن كان هو سبب في وجوده وتحرم ابنة ابنه من الرضاع وابنته من الرضاع.

٢- أصول الرجل من الرضاعة فتحرم عليه: أمه التي أرضعته وأمهاتها، لأنهن جداته ويحرم عليه أمهات أبيه من الرضاعة كذلك لأنهن جداته.

٣- فروع أبويه من الرضاعة وإن نزلن، فيحرم عليه: أخته الرضاعية التي أرضعتها أمه، وفروع أخته ويحرم عليه أخته الرضاعية التي رضعت من زوجة أبيه إذا كان أبوه سبباً في إيجاد اللبن، لأنها أخت لأب من الرضاعة، فيحرم عليه الأخت الشقيقة من الرضاعة، والأخت لأم من الرضاعة، والأخت لأب من الرضاعة.

٤- فروع أجداده إذا انفصلن بدرجة واحدة سواء كن من جهة الأم أم من جهة الأب، فيحرم عليه عمته الرضاعية وخالته الرضاعية من جهة الأب أو من جهة الأم وإن علون.

٥- فروع زوجته من الرضاعة إن دخل بزوجته، فيحرم عليه: من أرضعتها زوجته المدخول بها،

---

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٤٥) والمهذب (٢/ ٢٥٧) وتبيين الحقائق (٢/ ١٨٤) والاختيار (٣/ ١١٩).

(٢) تبيين الحقائق (٢/ ١٨٥) وجواهر الاكليل (١/ ٣٩٩) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٣) والبحر الرائق (٣/ ٢٤٥).

(٣) البحر الرائق (٣/ ٢٣٨) والاختيار (٣/ ١١٧).

(٤) تبيين الحقائق (٢/ ١٨٣) وبداية المجتهد (٢/ ٣٣) والبحر الرائق (٣/ ٢٤٢) والشرح الكبير (٤/ ٥٠٤).

(٥) المقنع (٣/ ٢٩٧) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٠) والاختيار (٣/ ١١٨) والبحر الرائق (٣/ ٢٤٣، ٢٤٤) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣٠٧).

لأنها ابنه زوجته، وهي: الربيبة، ويحرم عليه بنت ابن زوجته الرضاعي وبنت بنت زوجته الرضاعية وإن نزلن، لأنهن ربائب.

٦- أصول زوجته من الرضاعة، فيحرم عليه: من أرضعت زوجته لأنها أمها، ويحرم عليه أم مرضعة زوجته لأنها جدة لزوجته، ويحرم عليه أم أب زوجته الرضاعي لأنها جدة لزوجته.

٧- زوجات فروعه من الرضاعة فيحرم عليه: زوجة ابنه من الرضاعة وهو الذي رضع من لبن كان هو سببه ويحرم عليه زوجة ابن بنته الرضاعية، ويحرم عليه زوجة ابن ابنه الرضاعي.

٨- زوجات أصوله من الرضاعة، فيحرم عليه: زوجة أبيه من الرضاعة، وزوجة جده من الرضاعة.

والدليل على تحريم ماسبق قوله تعالى: ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ [النساء: ٢٣]. فدل هذا بنص الكتاب على تحريم الأصول والأخوات ويفهم من النص أيضا تحريم البنت الرضاعية إذ كيف تحرم الأخت الرضاعية ولا تحرم البنت الرضاعية وكيف تحرم الأخت الرضاعية ولا تحرم بنت البنت الرضاعية، كما أن حديث الرسول (ﷺ): «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» يدل على تحريم ماسبق.

وفهم جمهور الفقهاء من تحريم الأمهات والأخوات والقريبات من الرضاعة تحريم الأصهار من الرضاعة قياساً على النسب أخذاً بمفهوم الآية والحديث.

هذا وقد استثنى الفقهاء بعض الصور التي لاينطبق عليها التحريم من القاعدة: (يحرم من الرضاع مايحرم من النسب) لعدم توفر حكمة التحريم بالرضاع فيها نذكر منها: -

أ - لاتحرم عليه أخت الابن أو البنت من الرضاع وتحرم عليه أخت ابنه أو أخت ابنته من النسب لأنها بنته أو ربيبة.

ب- لاتحرم عليه أم أخيه أو أخته من الرضاع وتحرم عليه أم أخيه من النسب لأنها إما أمه أو زوجة أبيه.

ج- لاتحرم جدة ابنه أو ابنته من الرضاع، وتحرم عليه جدة ابنه او ابنته من النسب لأنها إما أن تكون أمه أو أم زوجته.

د- لاتحرم عليه أم عمه أو عمته من الرضاع وتحرم عليه أم عمه أو عمته من النسب لأنها جدته لأب.

هـ- لاتحرم عليه أم خاله أو خالته من الرضاع وتحرم عليه أم خاله أو خالته من النسب لأنها جدته لأم[(١)].

وقد أخذ القانون بما سبق ذكره من المحرمات بسبب الرضاع كما جاء في المادة [٢٦]: يحرم على التأبيد من الرضاع مايحرم من النسب ألا ما استثنى مما هو مبين في مذهب الإمام أبي حنيفة.

---

(١) فيما سبق انظر روضة الطالبين (٧/ ١٠٩، ١١٠) والهداية (١/ ١٩١) وفتح الوهاب (٢/ ٤٢) والبحر الرائق (٣/ ١٠١، ٢٣٩) وابن عابدين (٢/ ٢٧٩) والاختيار (٣/ ٨٥، ١١٨، ١١٩) والمهذب (٢/ ٤٣، ١٥٥) وتبيين الحقائق (٢/ ١٠٣، ١٨٣) والطحطاوي (٢/ ١٤)، وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٠)، والشرح الكبير (٢/ ٥٠٤) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣٠٦) والمقنع (٣/ ٣٩٧) والمنهاج (٣/ ٢٤).

مقدار الرضاع المحرم:

اختلف الفقهاء في مقدار الرضاع المحرم على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب أبو حنيفة ومالك إلى أن قليل الرضاع يحرم ولو مصة أو مصتين[(١)].

واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣].

فهذه الآية علقت التحريم بالإرضاع من غير تقدير بقدر معين. وبقوله (ﷺ): «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب»[(٢)].

المذهب الثاني: ذهب الشافعي وأحمد إلى أن مقدار الرضاع المحرم خمس رضعات مشبعات[(٣)].

واستدلوا: بما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها انها قالت: (كان فيما نزل عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله (ﷺ) وهن فيم يقرأ من القران)[(٤)].

والرضعة فعلة من الرضاع فهي مرة منه فمتى التقم الثدي فامتص منه ثم تركه باختياره من غير عارض كان ذلك رضعة واحدة، لأن الشرع لم يحدد مقدار الرضعة، فحملت على العرف، والعرف يقدرها بهذا، ولو قطع الطفل الرضاع ليلعب او لاستراحة ثم عاد عن قريب اعتبرت رضعة واحدة.

المذهب الثالث: ذهب داود الظاهري وأبو ثور وبعض الفقهاء إلى أن مقدار الرضاع المحرم ثلاث رضعات[(٥)].

واستدلوا: بقول الرسول (ﷺ): «لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان»[(٦)] فدل مفهوم هذا الحديث أنه يحرم بالثلاث رضعات.

وقت الرضاعة المحرمة:

ذهب داود الظاهري وابن حزم إلى أن الرضاع ينشر الحرمة في الرجل الكبير كما ينشرها في الطفل الصغير[(٧)].

واستدلوا: بما روي عن زينب بنت أم سلمة قالت: (قالت أم سلمة لعائشة: إنه يدخل علي الغلام الأيفع الذي ما أحب أن يدخل علي؟ فقالت عائشة، أما لك في رسول الله (ﷺ) أسوة حسنة؟ وقالت:

---

(١) البحر الرائق (٣/٢٣٨) والاختيار (٣/١١٧) وتبيين الحقائق (٢/١٨١) وبداية المجتهد (٢/٣١) والخرشي (٤/١٧٨) والمقنع (٣/٢٩٩).

(٢) السنن الكبرى (٧/١٥٨) النسائي في «سننه» (٦/٩٩).

(٣) فتح الوهاب (٢/٤٢) والبحر الرائق (٣/١٠١، ٢٣٩) وابن عابدين (٢/٢٧٩، ١٨٣) والطحطاوي (٢/١٤) وجواهر الاكليل (١/٤٠٠) والمهذب (٢/١٥٦) وتبيين الحقائق (٢/١٨١) وبداية المجتهد (٢/٣١) المقنع (٣/٢٩٩).

(٤) سنن ابي داود (٢/٥٥١) والنسائي (٦/١٠٠) والدرامي (٢/١٥٧) والترمذي (٤/٣٠٨).

(٥) المهذب (٢/٥٦) وبداية المجتهد (٢/٣١) والمقنع (٣/٢٩٩).

(٦) النسائي (٦/١٠١) والدرامي (٢/١٥٧).

(٧) الجصاص (١/٤١٠) وبداية المجتهد (٢/٣٢) والمقنع (٣/٢٩٨).

إن امرأة أبي حذيفة قالت: يا رسول الله، إن سالماً يدخل علي وهو رجل وفي نفس أبي حذيفة منه شيء فقال (ﷺ) «أرضعيه حتى يدخل عليك» رواه مسلم وأحمد[1].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الرضاع لاينشر الحرمة إلا إذا كان الرضيع صغيراً وأجابوا عن قصة سالم بأنها خاصة به[2].

واستدل الجمهور:

١- بقول الرسول (ﷺ): «إنما الرضاعة من المجاعة»[3] أي الرضاع المحرم اهو الذي يدفع الجوع ولا يدفعه الا في حال الصغر.

٢- وبقول النبي (ﷺ): «لايحرم من الرضاعة إلا مافتق الأمعاء»[4] ولا يكون ذلك إلا في الصغر.

٣- وبقول النبي (ﷺ): «لارضاع إلا ما كان في الحولين»[5].

واختلف الجمهور في تحديد السن الذي يؤثر فيه الرضاع بالتحريم، على ثلاثة مذاهب:

المذهب الاول: ذهب أبو حنيفة إلى أن وقت الرضاع المحرم محدد بثلاثين شهراً[6].

واستدل: بقوله تعالى: ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ [الاحقاف: ١٥].

ففي الآية الكريمة ذكر الله سبحانه شيئين وذكر أجلا واحداً بعدهما، فكان الأجل المضروب لكل منهما، كما إذا قلت لفلان عليّ ألف دينار وقنطار قمح إلى سنة، كانت السنة أجلا لكل من الدينين فكذلك الثلاثون شهراً أجل لكل من الحمل والفصال، ويكون معنى الحمل هنا: الحمل في الحجر لا في البطن[7].

المذهب الثاني: ذهب مالك والشافعي وأحمد وصاحبا أبي حنيفة إلى أن مدة الرضاع المحرم مقدرة بسنتين[8].

واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿ ۞وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٤٥٩).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٣٢).

(٣) أبو داود (٢/ ٥٤٨) والنسائي (٦/ ١١٢) والدرامي (١/ ١٥٨).

(٤) الترمذي (٤/ ٣١٣) والمصنف (٧/ ٤٦٦).

(٥) الترمذي (٤/ ٣١٤) والمصنف (٦/ ٤٦٥).

(٦) البحر الرائق (٨/ ٢٣٨) والاختيار (٣/ ١١٨) وتبيين الحقائق (٢/ ١٨٢) والجصاص (١/ ٤١١) وبداية المجتهد (٢/ ٣٢) والمقنع (٣/ ٢٩٨).

(٧) الاختيار (٧/ ١١٨).

(٨) المقنع (٤/ ٢٩٨) والاختيار (٣/ ١١٨) والمهذب (٢/ ١٥٥) وتبيين الحقائق (٢/ ١٨٢) والجصاص (١/ ٤١١) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٠) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٣) والخرشي (٤/ ١٧٨).

وبقوله تعالى: ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤].

أي: فطامه في عامين فدلت الآيتان على أن مدة الرضاع ستان.

المذهب الثالث: ذهب زفر إلى أن مدة الرضاع المحرم مقدرة بثلاث سنوات[١].

واستدل: بأن مدة رضاع الطفل ستان كما دل على ذلك قوله تعالى: ﴿ وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤].

وقوله تعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. ولابد من مدة يتعود فيها الطفل على غير اللبن لينقطع الإنبات باللبن، وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الطفل على تغيير الغذاء، والحول حسن للتحول من حال إلى حال فتقدر الزيادة به[٢].

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنفية في التحريم بالرضاعة كما جاء في المادة [٢٦]: يحرم على التأبيد من الرضاع ما يحرم من النسب إلا ما استثنى مما هو مبين في مذهب الإمام أبي حنيفة، ولأنه يجب الرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة فيما لانص فيه كما جاء في المادة [١٨٣].

ما يثبت به الرضاع:

يثبت الرضاع عند الحنفية، بما ثبت به الأموال فيثبت بشهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين عدول، واذا شهد رجل ثقة بالرضاع قبل النكاح أخذ بقوله، ولا يجوز النكاح بينهما، وإن كان الخبر بعد النكاح وهما كبيران فالأحوط أن يفارقها، وأما قول الواحدة من النساء فلا يقبل وقال بعض الحنفية: يؤخذ بقولها قياسا على إخبار الرجل الثقة إذا كانت موصوفة بالعدالة ورجح بعض الحنفية قبول شهادة المرأة الواحدة قبل العقد.

ويثبت الرضاع بإقرار الزوجين به أو أحداهما مع إصراره على إقراره بإن ما قاله حق ولا يفرق بينهما إلا باذن القاضي[٣].

وذهب الشافعية وأحمد إلى أن الرضاع يثبت بشهادة امرأتين، ونقل عن الشافعي وأحمد أنه يثبت بأربع نسوة بناء على أن شهادة أربع منهن مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال فيقوم كل اثنتين مقام رجل[٤].

ونقل عن أحمد قبول شهادة المرضعة وحدها[٥] مستدلاً بحديث عقبة عن الحرث أنه قال: تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمَة سوداء فقالت: قد أرضعتكما فأتيت النبي (ﷺ) فذكرت ذلك له فأعرض عني ثم ذكرت له ثانياً فأعرض عني ثم ثالثاً فقال: فارقها إذن فقلت: إنها سوداء يارسول الله

---

(١) تبيين الحقائق (٢/ ٢٨٢) والمقنع (٣/ ٢٩٨).

(٢) تبيين الحقائق (٢/ ١٨٢).

(٣) البحر الرائق (٣/ ٢٥٠) والمقنع (٣/ ٣٠٤) وتبيين الحقائق (٢/ ١٨٧) وسبل السلام (٣/ ٢١٨).

(٤) المراجع السابقة.

(٥) المراجه السابقة.

فقال: وكيف وقد قيل[1]؟

وذهب المالكية إلى أن الرضاع يثبت بشهادة رجل وامرأة وشهادة امرأتين إن شاع الرضاع بين الناس في الصورتين السابقتين قبل العقد، واختلفوا في اشتراط العدالة: فقال بعضهم باشتراطها، قال آخرون: بعدم اشتراطها، ويقوم شيوع الرضاع بين الناس مقام اشتراط العدالة. ويثبت بشهادة رجلين عدلين عندهم وإن لم يفش الرضاع بين الناس ولا يثبت بشهادة امرأة واحدة عدل إن لم يفش، وإن فشا قبل العقد ثبت بشهادة امرأة واحدة في المشهور من مذهبهم[2].

الحكمة من التحريم بالنسب والمصاهرة والرضاع:

١- لقد أثبت العلم أن التلقيح بين سلالات مختلفة ينتج نسلاً أقوى وهذا ما أشار إليه حديث الرسول (ﷺ): «لاتنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاوياً».

٢- إن نكاح القريبات يفضي إلى قطع الرحم لأن النكاح لا يخلو من مباسطات بين الزوجين عادة وبسببها يجري الخشونة بينهما أحياناً فيفضي إلى قطع الرحم وما يفضي إلى الحرام فهو حرام.

٣- إن بعض القريبات كالأمهات يجب تعظيمهن وخفض الجناح لهن، وعندما تكون تحت زوج هو ابنها ينتفي هذا التعظيم، لو جاز الزواج من القريبات السابق ذكرهن لأدى ذلك إلى وجوب منع الاختلاط بهن حتى لايوجد الطمع بهن، واذا امتنع الالتقاء بأقرب القريبات كالأخت وابنتها والخالة والعمة لأدى ذلك الى ضيق شديد وحرج وقد قال سبحانه: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الإسراء: ٧٨].

٤- وفي المصاهرة يقترن الرجل بالمرأة حتى يكون كل منهما لباساً للآخر، كالجزء الذي لاينفصل فاقتضى هذا أن تكون أم زوجته في التحريم كإمه، وأن يكون أب الزوج في التحريم كأبيها، وهكذا ولو أبيح للرجل أن يتزوج المرأة وأمها أو بنتها لأدى ذلك إلى منع اختلاط بعضهم ببعض مخافة طمع النفوس والفتنة وفي ذلك ضيق شديد وحرج وقطع لكل من الزوجين عن أهله، ولأدى الجمع بين المرأة وابنتها إلى قطع الأرحام.

٥- وفي الرضاع فإن لبن المرأة ينبت اللحم وينشز العظم فيرتبط بالمرضعة كارتباطه بأمه إذ هو جزء منها، ولأن في الرضاع توسيع لدائرة الأسرة المتحابة، وهو مظهر من مظاهر الحنان والعطف من المرضعة للرضيع فلا يليق معه أن تكون المرضعة فراشاً للرضيع، وفي تحريم قريبات المرضعة على الرضيع ما يدعو لتشجيع المرضعة على الطفل الذي في أمسِّ الحاجة إلى الرضاع لفقد أمه أو مرضها، وفي مشروعية الرضاع رعاية للطفل الرضيع لم يدركه كثير من الناس إلا في وقتنا الحاضر حيث بدأت الدعوة لوجود بنوك لبن أمهات.

---

(١) سبل السلام (٣/ ١٨٢).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٣٤) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠١) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٧) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣١٠) والخرشي (٤/ ١٨٢).

القسم الثاني: المحرمات حرمة مؤقتة وهن سبعة أنواع:

النوع الاول: زوجة الغير ومعتدته. سواء كانت معتدة من طلاق أو من وفاة لتعلق حق الغير بها ولأن ذلك يفضي إلى اشتباه الأنساب ولهذا لم يشرع الجمع بين الزوجين في امرأة واحدة في دين من الأديان.

وذلك لقوله تعالى في آيات التحريم: ﴿ ۞ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤].

ولقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ولقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

ويجوز أن يتزوج الحامل من الزنا لكن لا يطؤها حتى تضع، وقال أبو يوسف: النكاح فاسد لأن النبي (ﷺ) لعن من سقي ماءه زرع غيره ولأنه حمل محترم حتى لايجوز إسقاطه[١].

وقد أخذ بهذا القانون حيث جاء في المادة [٢٧]: يحرم العقد على زوجة آخر أو معتدته.

النوع الثاني: المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى، فإنها لاتحل للزوج الأول حتى تتزوج من آخر ويدخل بها فإذا طلقها الثاني باختياره وانتهت عدتها جاز للزوج أن يعود إليها وذلك لقوله تعالى بعد بيان جواز الرجوع بعد الطلاق في المرتين الأولى والثانية: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وقال النبي (ﷺ) لمن أرادت أن ترجع إلى مطلقها ثلاثاً بعد أن تزوجها آخر وطلقها قبل الدخول بها: «لاحتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[٢].

وقد أخذ القانون بهذا كما جاء في المادة [٣٠]: يحرم على من طلق زوجته ثلاث مرات متفرقات في ثلاثة مجالس أن يتزوج بها إلا إذا انقضت عدتها من زوج آخر دخل بها.

النوع الثالث: الجمع بين المحارم، كالجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو الجمع بين أختين وضابطه أن كل امرأتين بينهما علاقة محرمة بحيث لو فُرضت كلٌّ واحدة منهما ذكراً حرمت عليه الاخرى.

ولا يحرم الجمع بين المرأة وزوجة أبيها أو زوجة ابنها لأنه لايمكن فرض زوجة الأب ذكراً لأنها لو كانت كذلك لما كانت زوجة الأب، وكذلك زوجة الابن لعدم إمكان فرض زوجة الابن ذكراً.

وذهب زفر إلى حرمة الجمع بين المرأة وزوجة أبيها أو ابنها، لأنه لايشترط أن تكون المحرمية ثابتة

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٨٤) والاختيار (٣/ ٨٧) والمهذب (٢/ ٤٥-٤٦) وتبيين (٢/ ١١٣) والطحطاوي (٢/ ٢٢) والمقنع (٢/ ٣٨).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ٢٢٧) والنسائي (٦/ ٩٣) والدرامي (٢/ ١٦٢) والترمذي (٤/ ٢٦١).

من الطرفين سواء في تحريم الجمع بين المحارم أكانت المحرمية سببها النسب أم كان سببها الرضاع عند الجمهور وخالف ابن القيم وابن تيمية حيث أجازا الجمع بين المحارم رضاعاً لعدم ورود النص بالتحريم(١).

وقد ثبت تحريم الجمع بين المحارم بقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣].

وبقوله (ﷺ): «لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا المرأة على ابنة أخيها ولا ابنة أختها إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم». (٢)

ولا يجوز له تزوج أخت معتدته من طلاق بائن أو رجعي أو عن تفريق بعد نكاح فاسد ما زالت في العدة وكذلك الزواج من عمة المعتدة وخالتها(٣).

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه زفر، فحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما حرمة نسب أو رضاع بحيث لو فرضت واحدة منهما ذكراً لم يجز نكاحها من الأخرى كما جاء في المادة [٣١].

النوع الرابع: زواج خامسة وفي عصمته أربع نساء فليس لمن عنده أربع من النساء أن يتزوج خامسة حتى يفارق إحداهن وتنتهي عدتها سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً عند الحنفية.

وقال الشافعي: إذا كانت مطلقة طلاقاً بائناً جاز له أن يتزوج بأخرى قبل انتهاء عدتها، لأن النكاح قد انتهى بالطلاق البائن حيث لايجوز له الرجوع إليها إلا بعد عقد جديد أو بعد أن تتزوج بآخر(٤).

والدليل على حرمة الجمع بين أكثر من أربع من النساء قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣].

ولقوله (ﷺ) لغيلان وقد أسلم وتحته عشر نسوة: «أمسك أربعاً وفارق سائرهن» رواه ابن حبان والحاكم وغيرهما(٥).

وإذا ماتت امرأته كان له التزوج بأختها بعد يوم من موتها، ولا ينتظر مضي العدة(٦).

---

(١) روضة الطالبين (٧/١١٧-١١٨) والهداية (١/١٩١، ١٩٢)، وفتح الوهاب (٢/٤٢) والبحر الرائق (٣/١٠٢، ١٠٤) وابن عابدين (٢/٢٨٤) والاختيار (٣/٨٦، ٨٧) والمنهاج (٣/٢٤٤) والمهذب (٢/٤٣) وتبيين الحقائق (٢/١٠٥) والطحطاوي (٢/١٨) وبداية المجتهد (٢/٣٥) وجواهر الاكليل (١/٢٨٩) والمقنع (٣/٣٥).

(٢) سنن أبي داود (٢/٥٥٣) والمصنف (٦/٢٦٣) والنسائي (٦/٩٧) ومسلم (٩/١٩٠) والسنن الكبرى (٧/١٦٥).

(٣) البحر الرائق (٣/٢٠٩) وابن عابدين (٢/٢٨٤) والاختيار (٣/٨٦) وتبيين الحقائق (٢/١٠٨) وجواهر الاكليل (١/٢٩٠).

(٤) روضة الطالبين (٧/١١٧، ١٢١) والهداية (١/١٩٤) وفتح الوهاب (٢/٤٣) والبحر الرائق (٣/١١٢) والاختيار (٣/٨٥، ٨٦) والمهذب (٢/٤٦) وتبيين الحقائق (١/١٠٨، ١١٢).

(٥) السنن الكبرى (٧/١٤٩) والاختيار (٣/٨٦).

(٦) ابن عابدين (٢/٢٨٤) وجواهر الاكليل (١/٢٨٩) والمنهاج (٣/٢٤٦).

وقد قُيِّد تعدد الزوجات بقيدين:

١- العدل بين الزوجات لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣].

فإذا لم يستطيع الزوج العدل بين الزوجات حرم عليه أن يتزوج بأكثر من واحدة.

والعدل المطلوب هو: العدل الظاهر من القسم بين الزوجات، والمساواة بينهن في المعاملة والإنفاق، لا المحبة التي محلها القلب، لأن ذلك لايستطيعه أحد، ولذلك كان النبي (ﷺ) يقول -بعد قسمه بين زوجاته، والعدل بينهن-: (اللهم إن هذا قَسْمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك).

٢- القدرة على الإنفاق على الزوجات وعلى من تجب له النفقة، لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣] أي: أقرب ألا تكثر عيالكم كما قال الشافعي[١].

وقد نص القانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١ المعدل لقانون الأحوال الشخصية في المادة (٦) مكرر على أنه:

أ- يتوجب على القاضي قبل إجراء عقد الزواج المكرر التحقق مما يلي:

١- قدرة الزوج المالية على المهر والنفقة.

٢- اخبار الزوجة الثانية بأن الزوج متزوج بأخرى.

ب- على المحكمة اعلام الزوجة الأولى بعقد الزواج المكرر بعد إجراء عقد الزواج.

وجاء في الأسباب الموجبة للتعديل للحد من الزواج المكرر إلا بعد التحقق من قدرة الزوج على أعباء الزواج المكرر تجنباً للمشاكل الاجتماعية التي قد تحصل.

وهذا التعديل يحول دون تحقق غايات التحايل في إثبات الملاءة المالية ولا شك في أن الزواج يكون صحيحاً عند عدم تحقق الملاءة أو عدم اخبار الزوجة، مع الحرمة ديانة وهنا يلإتي دور التربية الإيمانية.

وقد جاء في القانون تحريم الجمع بين أكثر من أربع نساء كما جاء في المادة [٢٨] حيث نصت على أنه: يحرم على كل من له أربع زوجات أو معتدات أن يعقد زواجه على امرأة أخرى قبل ان يطلق إحداهن وتنقضي عدتها.

حكمة تعدد الزوجات:

١- لقد جاءت الشريعة الإسلامية للبشر كافة ولتطبق على الناس في جميع بقاع الأرض، وأمزجة الناس مختلفة، فأهل المناطق الباردة غير أهل المناطق الحارة، فهي تخاطب المعتدل في شهواته وتخاطب الحاد المفرط فكان فيها من السعة ما يرضي المعتدل ويهذب المفرط، فمن الرجال من تعفه

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٤٣).

امرأة واحدة ومنهم من لاتعفه الواحدة.

٢- قد تكون الزوجة عقيماً وحبُّ الأولاد غريزة في النفس وقد يكون من الإكرام للمرأة العقيم أن يتزوج زوجها بأخرى وتبقى هي في كنف زوجها يرعاها ويوفيها حقوقها الزوجية من أن يطلقها ويتزوج فتكون بلا زوج.

٣- قد تصاب المرأة بمرض مزمن أو مُعْدٍ مثلاً فلا يستطيع الزوج معاشرتها معاشرة الأزواج فمن الأفضل لهذه المرأة أن يتزوج زوجها بأخرى وتبقى في رعاية زوجها من أن تطلق فلا تجد من يعولها وهي في أمسِّ الحاجة إلى الرعاية والعناية والمعالجة.

٤- وقد يكون التعدد علاجاً لنقص في رجال الأمة بسبب الحروب، فيكثر عدد النساء ففي هذه الحال يكون التعدد مطلوبا لصون المرأة من الدنس وليكثر النسل، فتعوض الأمة ما فقدت، وقد قامت الحرب العالمية الأولى والثانية ونقص عدد الرجال عن عدد النساء حتى أصبح في بعض البلدان بنسبة (١-٦) ومع منع الزنا فلا بد من إباحة التعدد، وأما الدول الغربية فلم تحتاج لإباحة التعدد لانتشار الزنا والفساد الخلقي في مجتمعاتهم.

النوع الخامس: مَن لا تدين بدين سماوي، فلا يحل الزواج من المشركة ولا الشيوعية أو البوذية أو الوثنية، لأنه ليس لهن كتاب سماوي معروف. لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُو۟لَٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ ۖ وَٱللَّهُ يَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلْجَنَّةِ وَٱلْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِۦ ۖ﴾ [البقرة: ٢٢١].

وقد اختلف الفقهاء في جواز الزواج من الكتابية:

فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز زواج المسلم من النصرانية واليهودية لقوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥].

وذهب ابن عمر من الصحابة وجماعة من الفقهاء وأكثر الشيعة إلى عدم جواز الزواج من الكتابيات.

ومما لا خلاف فيه أن الأولى بالمسلم ألا يتزوج الا مسلمة، لأنه أدوم للعشرة بينهما وللمحافظة على تربية أبنائهما على الإسلام.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الكتابية التي يجوز للمسلم أن يتزوجها هي التي انحدرت من أصول دخلوا في دين أهل الكتاب قبل أن يحرف أو ينسخ أما التي انحدرت من أصول دخلوا في دين اهل الكتاب، بعد بعثة النبي (ﷺ) فلا يجوز الزواج منها.

واختلف الفقهاء في جواز الزواج من الصابئة وهم طائفة يعبدون الكواكب. فقال أبو حنيفة: إنهم من أهل الكتاب، إذ هم طائفة من النصارى فتحل نساؤهم.

وذهب جمهور الفقهاء وصاحبا أبي حنيفة إلى أنهم ليسوا نصارى ولا من أهل الكتاب لأنهم يعبدون

الكواكب فلا تحل نسائهم.

وكل امرأة تؤمن بنبي وتقر بكتاب كصحف إبراهيم وشيث، وزبور داود فهي من أهل الكتاب يجوز الزواج منها عند الحنفية وقال الشافعية: أهل الكتاب اليهود والنصارى فقط، فلا يجوز مناكحة غيرهم، وعلى ذلك فلا يجوز الزواج من المجوسية والوثنية والمرتدة ومن لاتؤمن بدين كالشيوعية، ومن تؤمن بدين غير سماوي كالبوذية.

ولا يجوز للمسلمة أن تتزوج من غير مسلم لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ [الممتحنة: ١٠].

وإذا كانت الزوجة كافرة تحت زوج كافر فأسلمت وامتنع زوجها عن الإسلام يفرق بينهما وقد جاء في المادة [٣٣]: يكون الزواج باطلاً في الحالات التالية:

١- تزوج المسلمة بغير المسلم.

٢- تزوج المسلم بامرأة غير كتابية.

النوع السادس: المُلاَعِنة فمن رمى زوجته بالزنا ولم يأت بأربعة شهود طلب منه أن يلاعنها.

واللعان: أن يقسم أربع مرات بالله إنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا والخامسة إن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين وتقسم المرأة أربع مرات إنه لمن الكاذبين فيما رماها من الزنا والخامسة أن عليها غضب الله إن كان من الصادقين، فإن حلف كل منهما فرق بينهما، ولا يحل للزوج أن يعقد عليها أبدا إلا إذا كَذَّبَ نفسَه فإن فعل أقيم عليه حد القذف وعاد الحل، فيجوز له أن يعقد عليها من جديد عند بعض الفقهاء.[1]

النوع السابع: زواج الأمة على الحرة: فمن عنده حرة لايجوز له أن يتزوج أمة حتى يطلق الحرة وتنتهي عدتها، لأن الزواج بالأمة لمن لا يستطيع الزواج بالحرة قال تعالى: ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ [النساء: ٢٥]. ولم يتعرض القانون لهذا النوع لأن الرق قد انتهى وتحرير الرقيق مقصد أساسي من مقاصد التشريع الإسلامي، ولذا فإن الشارع الحكيم يتشوف بل ويعمل على تحرير الأرقاء.

تنبيه: ذكر جمهور الفقهاء أنه يشترط لصحة عقد الزواج أن لايكون العاقد مُحرماً بحج أو عمرة، فلا يصح العقد إذا عقده الزوج أو الزوجة أو الوكيل عن أحداهما أو الولي عنهما حال إحرامهم عند الجمهور، ويصح العقد عند الحنفية[2].

---

(١) المقنع (٢/ ٣٤).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٦٧) وفتح الوهاب (٢/ ٣٤، ٣٧) والهداية (١/ ١٩٣) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٩٠) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٢) والمنهاج (٣/ ٢٢٨) والبحر الرائق (٣/ ١١١) والاختيار (٣/ ٨٩) والمهذب (٢/ ٤٢) وتبيين الحقائق (٢/ ١١٠) وسبل السلام (٢/ ١٢٤) وبداية المجتهد (٢/ ٣٩).

المبحث الثاني

الشرائط الشرعية المتممة لإجراء عقد الزواج(١)

وهي: شرائط اللزوم، وشرائط النفاذ.

أ- شرائط اللزوم:

اختلف الفقهاء في شرائط اللزوم في عقد الزواج على النحو التالي:

الشرط الأول: الكفاءة

الكفاءة في اللغة: المساواة، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُۥ كُفُوًا أَحَدٌۢ﴾ [الاخلاص: ٤] وفي الحديث: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم»(٢) أي: تتساوى دماؤهم فيقتص من الشريف للوضيع.

والكفاءة في الشرع: حالة يكون بها الزواج بحيث لا تعير الزوجة أو أولياؤها به، وهي معتبرة في النكاح، لأن المصالح إنما تنتظم بين المتكافئين عادة.

والكفاءة معتبرة في جانب الرجل لا المرأة، فلا يشترط أن تكون المرأة كفؤاً للرجل، لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس، والزوج لا يغيضه دناءة الفراش عادة، فاعتبرت الكفاءة في جانب الرجل لا المرأة(٣).

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الكفاءة شرطاً من شروط الصحة أو من شروط اللزوم.

فذهب الإمام أحمد في رواية عنه(٤) إلى أن الكفاءة من شروط الصحة، مستدلاً بقوله (ﷺ): «لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء ولا يزوجهن إلا الأولياء»(٥).

وذهب عامة أهل العلم وأحمد في الرواية الثانية(٦) إلى أن الكفاءة من شروط اللزوم لا الصحة، فقد زوج الرسول (ﷺ) مولاه زيد بن حارثة من ابنة عمته زينب بنت جحش، فلو كانت الكفاءة من شروط الصحة لما صح هذا الزواج.

---

(١) لقد سمي ابن رشد شرائط اللزوم والنفاذ الشرائط المتممة للعقد انظر بداية المجتهد (٢/ ٨).

(٢) السنن الكبرى (٨/ ٢٩).

(٣) البحر الرائق (٣/ ١٧٣) والدر المختار (٢/ ٣١٧) والاختيار (٣/ ٨٩، ١٠١) والطحطاوي (٢/ ٤١).

(٤) المقنع (٣/ ٢٩).

(٥) السنن الكبرى ٧/ ١٣٣.

(٦) فيما سبق انظر: روضة الطالبين (٧/ ٨٤) والهداية (١/ ٢٠٠، ٢٠١) وفتح الوهاب (٢/ ٣٩) والبحر الرائق (٣/ ١١٧، ١٣٩) والخرشي (٣/ ٢٠٦) وابن عابدين (٢/ ٢٩٧) والدر المختار (٢/ ٣١٧) والمهذب (٢/ ٣٨) والمقنع (٣/ ٢٩).

وذهب القائلون بأن الكفاءة من شروط اللزوم إلى أن من تزوجت غير كفء كان لأوليائها حق الاعتراض، وعدم إنفاذ العقد، وإن لم يعترضوا نفذ العقد، كما أن للمرأة حق الاعتراض وعدم إنفاذ العقد إذا زوجها وليها من غير كفء. فالكفاءة حق الأولياء والزوجة معاً، وهي معتبرة في أول العقد، ولا يشترط استمرار وجودها، فإذا كان الزوج كفؤاً للزوجة ثم أصبح غير كفء لم يكن للمرأة ولا لأحد من أوليائها الاعتراض(١).

الحكمة من اعتبار الكفاءة:

غني عن البيان أن الشريعة الإسلامية لها ميزان واحد تزن الناس جميعاً به هو ميزان التقوى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَنكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]، وقال (ﷺ): «الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على أعجمي، ولا لأبيض على أسود إلا بالتقوى». وقال (ﷺ): «رب أشعث أغبر ذي طمرين لو أقسم على الله لأبره» هذا مبدأ لا يختلف في حال من الأحوال، وليس محلاً للاجتهاد وعليه انعقد إجماع المسلمين.

ولذا ونحن نتكلم عن الكفاءة بين الزوجين لا يجوز أن يخطر ببال أحد أن الإسلام يقسم الناس إلى طبقات، والإسلام يجيز كل عقد زواج يقوم بين رجل وامرأة وإن كان الرجل غير كفء للمرأة. وإنما اعتبر الإسلام الكفاءة عندما لا يرضى أولياء الزوجة بالزوج لعدم كفاءته، وعقد الزواج لا تقتصر آثاره على الزوجين فحسب، بل تمتد إلى أقراب الزوجين من اختلاط الدماء وتحريم المصاهرة والإرث ووجوب صلة الرحم بالتزاور فيما بينهم فإذا لم تكن الأطراف المعنية والتي تمتد آثار العقد إليها راضية، فإن العقد يكون على خطر الانهدام غالباً.

فلو أمضيناه مع رفضهم له لأدى انهياره -المحتمل غالباً- إلى حدوث أضرار لا تقتصر على الزوجين فحسب، بل تصيب المجتمع المسلم بأسره، فقوة المجتمع من قوة لبناته واستقرارها وثباتها، بالإضافة إلى انشغال المجتمع بما قد يحصل بينهما من خلاف، وترميم الأضرار الناشئة عن هدم الأسرة، من تربية الأبناء الذين فقدوا البيت السعيد ليحتضنهم ويربيهم تربية سليمة ليقوموا بالواجبات الملقاة على عاتقهم لأنفسهم وأمتهم.

لذا كان لا بد أن تتدخل الشريعة الإسلامية لتدارك ما قد يحدث من أضرار رعاية لأبناء الإسلام ودفعاً للخطر عنهم ليكون المجتمع المسلم مجتمعاً قوياً. ولذا فإن الصفات المعتبرة في الكفاءة هي الصفات التي تستقر الحياة الزوجية غالباً مع وجودها وهذا على حسب ما يتعارف عليه الناس، ولذا فإن الأمر مختلف من مجتمع إلى مجتمع ومن عصر إلى عصر في اعتبار هذه الصفات.

الأوصاف المعتبرة في الكفاءة:

اختلف الفقهاء في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة بين الزوجين على النحو التالي:

---

(١) المراجع السابقة.

١- الدين: المراد به هنا التقوى والصلاح، إلى هذا ذهب جمهور الفقهاء فالفاسق[1] ليس كفؤاً للصالحة العفيفة، والدليل على اعتباره قوله تعالى: ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُۥنَ ﴾ [السجدة:١٨].

ولأن الفاسق مردود الشهادة والرواية غير مأمون على النفس والمال، مسلوب الولاية فلا يجوز أن يكون كفؤاً للعفيفة وإنما يكون كفؤاً لمثله.

ومن له أب واحد في الإسلام ليس كفؤاً لمن لها آباء في الإسلام، ومن له أبوان في الإسلام كان كفؤاً لمن لها آباء في الإسلام عند الشافعية[2].

وذهب الحنفية إلى اعتبار إسلام الآباء بين الموالي لا العرب، لأن التفاخر بين الموالي بالإسلام.

وذهب محمد بن الحسن[3] إلى عدم اعتبار الكفاءة في التقوى والصلاح إلا إذا كان الفاسق مستهتراً يُصْفَع ويُسخَر منه، أو يخرج إلى الأسواق سكراناً، فإذا لم يكن على هذا الحال فالعقد جائز لازم لأن التقوى من أمور الآخرة فلا تبنى عليها أحكام الدنيا[4].

٢- النسب: وقد قال باعتباره الحنفية، والشافعية والحنابلة[5] مستدلين بقول عمر بن الخطاب: (لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء)[6] قيل له: وما الأكفاء قال: في الأحساب.

وعليه فليس العجمي كفؤاً للعربية، ويرى بعضهم أن غير القرشي ليس كفؤاً للقرشية وغير بني هاشم ليس كفؤاً لهم، وباقي العرب أكفاء بعضهم لبعض والأعاجم أكفاء لبعضهم البعض وذهب الإمام مالك والشافعي في قول[7] إلى أنه لا يعتبر في الكفاءة إلا التقوى والصلاح وذلك لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾ [الحجرات:١٣] ولقوله (ﷺ): «ألا لا فضل لعربي على أعجمي ولا لعجمي على عربي ولا لأحمر على أسود ولا لأسود على أحمر إلا بالتقوى ان أكرمكم عند الله أتقاكم»[8].

٣- الحرية: وإلى اعتبارها ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة[9] فلا يكون العبد كفؤاً لحُرَّة لأن

---

(١) روضة الطالبين (١/ ٨١) والمهذب (٢/ ٣٩) وفتح الوهاب (٢/ ٣٩) وبداية المجتهد (٢/ ١٤) والبحر الرائق (٣/ ١٤١).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٨١) وفتح الوهاب (٢/ ٣٩).

(٣) الهداية (١/ ٢٠١) والاختيار (٣/ ٩٩).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ١٤).

(٥) الهداية (١/ ٢٠١) والبحر الرائق (٣/ ١٤١) وتبيين الحقائق (٢/ ١٢٩).

(٦) روضة الطالبين (٧/ ٨٠) والهداية (١/ ٢٠١) وفتح الوهاب (٢/ ٣٩) والمنهاج (٣/ ٢٣٤) والبحر الرائق (٣/ ١٣٩).

(٧) المقنع (٣/ ٣٠) وروضة الطالبين (٧/ ٨٤) والاختيار (٣/ ١٠١) وتبيين الحقائق (٢/ ١٢٨) وسبل السلام (٣/ ١٢٨) وجواهر الاكليل (١/ ٢٢٨) والشرح الكبير (٢/ ٢٤٩) والخرشي (٢/ ٢٠٥).

(٨) السنن الكبرى (٧/ ١٣٣).

(٩) روضة الطالبين (٧/ ٨٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٩) والبحر الرائق (٣/ ١٤١) والدر المختار (٢/ ٣١٩) والاختيار (٣/ ٩٩) والمهذب (٢/ ٣٩) والمقنع (٣/ ٣٠).

=

النبي (ﷺ) خيَّر بريرة حين عتقت تحت عبد[1].

فإذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية فبالحرية المقارنة الأولى. وراعى فقهاء الحنفية والشافعية حرية الآباء، فمن كان أبوه عبداً ليس كفؤاً لمن أبوها حر، ومن كان له أبوان في الحرية كان كفؤاً لمن لها آباء في الحرية.

٤- الحرفة : وإلى اعتبارها ذهب أحمد في رواية والشافعي في قول وصاحبا أبي حنيفة[2] فلا يكون الزبّال أو الدبّاغ مثلاً كفؤاً لبنات ذوي المروءات وأصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة، لأن ذلك نقص في عرف الناس.

وذهب أبو حنيفة إلى عدم اعتبارها[3] والمعتبر في كون المهنة دنيئة أو جليلة عرف الناس، فما يعيرون به كان دنيئاً وإلا فلا، وهذا يختلف باختلاف العصور والبلدان فما يعتبر من المهن خسيساً في بلد أو زمن لا يعتبر في زمن آخر أو بلد آخر خسيساً.

٥- المال -أو اليسار-: وإلى اعتباره ذهب أحمد في رواية والشافعي في قول وأبو حنيفة[4] والمراد باليسار: القدرة على المهر والنفقة على الزوجة لا الغنى والثراء فمن لا يملكهما لا يعتبر كفؤاً، لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه، والنفقة قوام الحياة، والمراد بالمهر: قدر ما تعارفوا على تعجيله، والمراد بالنفقة أن يكون قادراً على نفقة ستة أشهر في قول للحنيفة، وعلى نفقة شهر في قول آخر، والصحيح عندهم: أنه لو كان قادراً على النفقة بالاكتساب كان كفؤاً[5].

واستدلوا: بقول النبي (ﷺ): «الحسب المال»[6] وبقوله (ﷺ): «إن أحساب الناس فيما بينهم في هذه الدنيا هذا المال»[7].

وقال بقية الفقهاء[8]: بعدم اعتباره.

استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا۟ فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ﴾ [النور: ٣٢].

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ١٣٣).

(٢) روضة الطالبين (٧/ ٨١-٨٢) والهداية (١/ ٢٠٢) وفتح الوهاب (٢/ ٤٠) والبحر الرائق (٣/ ١٤٣) والدر المختار (٢/ ٣٢١) والمقنع (٣/ ٣٠) والاختيار (٣/ ٩٩) والمهذب (٢/ ٣٩) والطحطاوي (٢/ ٤٤) والمنهاج (٣/ ٢٣٥).

(٣) البحر الرائق (٣/ ١٤٣) وابن عابدين (٢/ ١٣٢) والاختيار (٣/ ٩٩) وابن عابدين (٢/ ٤٣).

(٤) تبيين الحقائق (٢/ ١٣٠) والمنهاج (٣/ ٢٣٦) وروضة الطالبين (٧/ ٨٢) والهداية (١/ ٢٠١) والبحر الرائق (٣/ ١٤٣) والدر المختار (٢/ ٣٢١) والاختيار (٣/ ٩٩) والمهذب (٢/ ٣٩).

(٥) البحر الرائق (٣/ ١٤٢) وابن عابدين (٢/ ٣٢١).

(٦) السنن الكبرى (٣/ ١٣٦).

(٧) السنن الكبرى (٧/ ١٣٥).

(٨) فتح الوهاب (٢/ ٤٠) والمنهاج (٣/ ٢٣٦).

٦- السلامة من العيوب: وقد ذهب إلى اعتبار ذلك الشافعية والمالكية[1] والعيوب المعتبرة عندهم: الجنون والجذام والبرص، فمن كان به شيء من هذه الأمراض ليس كفؤاً لمن كان خالياً منها، كما أنه ليس بكفء للمريضة بها أيضاً لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه، ولا يعتبر العمى أو قطع الأطراف أو الشلل من العيوب المؤثرة في الكفاءة عند جمهور الشافعية وقال الروياني والصيمري وآخرون أنها تمنع من الكفاءة.

ولم تعتبر بقية المذاهب السلامة من العيوب من الكفاءة، لأنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء، والكفاءة حق الأولياء والمرأة معاً.

ولم يعتبر القانون الكفاءة إلا في المال كما جاء في المادة [٢٠] حيث نصت على أنه: اشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في المال، وهي أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة، وتراعى الكفاءة عند العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج.

عدم العلم بكفاءة الزوج والتغرير بالكفاءة:

إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل من غير بحث عن كفاءته، ثم تبين أنه غير كفء، فليس للولي أو الزوجة حق الاعتراض بعدم كفاءة الزوج، لأنهما قَصّرا في البحث عن كفاءته، فاعتبرا راضيين، وكذلك إذا زوجت المرأة نفسها لرجل من غير بحث عن كفاءته، ثم تبين لها أنه غير كفء، فليس لها حق الاعتراض لتقصيرها في البحث عنه، فاعتبرت راضية به.

أما إذا اشترطت الزوجة أن يكون كفؤاً وتبين أنه ليس بكفء أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم اتضح أنه غير كفء كان للزوجة أو الولي حق الاعتراض وفسخ الزواج[2].

ولا يشترط دوام الكفاءة واستمرارها، والشرط وجودها عند العقد، فلا يؤثر زوالها بعده، كما أن دعوى الاعتراض بعدم الكفاءة لا تسمع إذا كان الزوج كفؤاً حين الخصومة[3].

وعلى ما سبق نصت المادة [٢١] حيث جاء فيها: إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان -كلاهما- كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فلا يبقى لأحد منهما حق الاعتراض، أما اذا إشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفء ثم تبين أنه غير كفء فلكل من الزوجة والولي مراجعة القاضي لفسخ الزواج، أما إذا كان كفؤاً حين الخصومة فلا يحق لأحد طلب الفسخ.

متى يسقط حق الاعتراض على عدم الكفاءة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حق الكفاءة لا يسقط بحال من الأحوال، وذهب بعض الحنفية إلى أن هذا الحق يسقط بعد الولادة فلا يحق لأحد من الأولياء طلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج بعد

---

(١) المنهاج (٣/ ٢٣٤) وروضة الطالبين (٧/ ٨٠) وفتح الوهاب (٢/ ٣٩) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٨).

(٢) البحر الرائق (٣/ ١٣٧) والدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٢/ ٢١٨) الاختيار (٣/ ١٠٠) والطحطاوي (٢/ ٤١).

(٣) الدر المختار (٢/ ٣٢٢).

الولادة، رعاية لحق الولد وحرصاً على حسبه، وأقام بعضهم الحَبَل الظاهر مقام الولادة[1].

وقد أخذ القانون بالرأي الثاني كما جاء في المادة [٢٣]: للقاضي عند الطلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه، أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج.

الشرط الثاني: مهر المثل

وقد اختلف الفقهاء في اعتباره من شرائط اللزوم.

فذهب صاحبا أبي حنيفة والشافعية[2] إلى أنه ليس للولي وإن كان أباً أن يزوجها بأقل من مهر مثلها، فإن زوجها بأقل من مهر المثل كان لها حق الاعتراض، لأن ذلك تفريط في مالها.

وذهب مالك وأحمد وأبو حنيفة[3] إلى أن للأب دون سائر الأولياء أن يزوجها بأقل من مهر المثل وزاد الحنفية الجد أيضاً، وذلك لأن عمر خطب الناس فقال: ألا لا تغالوا في صداق النساء، فما أصدق رسول الله (ﷺ) أحداً من نسائه ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية[4] وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكروه، فدل ذلك على أن للأب أن يزوج بذلك، وإن كان أقل من صداق المثل، ولأن شفقة الأب تمنعه من أن ينقصها صداقها إلا لمقصود أفضل فلا ينبغي أن يمنع من ذلك.

واختلف الفقهاء في حق الأولياء بالاعتراض إذا زوجت نفسها من كفء بأقل من مهر المثل.

فذهب الشافعي وأحمد وصاحبا أبي حنيفة[5] إلى أنه ليس للولي منعها، وذلك لأن المهر خالص حقها فلم يكن لهم الاعتراض عليها كأجرة دارها، ولأن لها إسقاط المهر كله بعد وجوبه فبعضه أولى.

وذهب أبو حنيفة[6] إلى أنه لوليها منعها من الزواج بدون مهر مثلها، لأنه يلحقهم في ذلك عار وفيه ضرر على نساء قومها لنقصان مهر مثلهن.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الجمهور فلم يعتبر مهر المثل من شرائط اللزوم كما جاء في المادة [٢٢]: إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشر من عمرها وجود ولي لها وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ينظر: فإذا زوجت نفسها من كفء لزم العقد، ولو كان المهر دون مهر المثل، وإن زوجت نفسها من غير كفء فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ الزواج.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٩٧) والطحطاوي (٢/ ٢٦).

(٢) الهداية (١/ ٢٠٢) والاختيار (٣/ ٩٧) وتبيين الحقائق (٢/ ١٣٠) والمقنع (٣/ ٧٩).

(٣) الهداية (١/ ٢٠٢) والبحر الرائق (٣/ ١٤٤) والاختيار (٣/ ٩٧) وتبيين الحقائق (٣/ ١٣١) والمقنع (٣/ ٧٩).

(٤) الترمذي (٤/ ٢٥٥) والنسائي (٦/ ١١٧) وأبو داود (٢/ ٥٨٣) والسنن الكبرى (٧/ ٢٣٤).

(٥) الهداية (١/ ٢٠٢) ومنحة الخالق في البحر الرائق (٣/ ١٣٧، ١٤٤) وابن عابدين (٢/ ٢٣٤) والاختيار (٣/ ٩٧) وتبيين الحقائق (٢/ ١٣٠) والمقنع (٣/ ٢١).

(٦) الهداية (١/ ٢٠٢) والبحر الرائق (٣/ ١٤٤) والاختيار (٣/ ٩٧) والمقنع (٣/ ٢١).

الشرط الثالث: اذا زوج غير الأب والجد من الأولياء الصغير أو الصغيرة:

فاذا زوج الأخ أو العم الطفل الصغير أو الصغيرة فإن عقد النكاح لا يكون لازماً ويثبت للصغيرين خيار البلوغ عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن.

وذهب أبو يوسف إلى عدم ثبوت الخيار لهما ولو كان المزوِّج لهما غير الأب أو الجد من الأولياء، وعلى ذلك: فعقد النكاح يكون لازماً عنده. وأما جمهور الفقهاء فقد سبق القول بأنه لا يزوج الصغير أو الصغيرة عندهم إلا الأب أو الجد أو وصي الأب في التزويج وولايتهم ولاية إجبار فلا يثبت للصغيرين خيار البلوغ.

ولما كان القانون قد أخذ برأي ابن شبرمة وأبي بكر الأصم في عدم زواج الصغير مطلقاً كما سبق القول لم يتعرض لذكر هذا الشرط مطلقاً لعدم الحاجة إليه.

الشـرط الـرابـع: ذكر بعض الفقهاء من شرائط اللزوم أن يكون الزوجان خاليين من العيوب التي لا يمكن أن يتحقق الغرض من عقد الزواج مع وجودها.

وقد سبق أن بينا أن بعض الفقهاء اعتبرها من صفات الكفاءة، والصحيح اعتبارها من العلل الموجبة لفسخ عقد الزواج، وسيأتي الكلام على هذا في التفريق بين الزوجين للعلل.

ب- شـــرائـط النـفـاذ:

يشترط لنفاذ العقد:

١- أن يكون كل من المتعاقدين ذا أهلية يسوغ له بها شرعاً مباشرة العقد، فإن كان صغيراً غير مميز أو مجنوناً كان عقده باطلاً وإن كان صبياً مميزاً كان عقده موقوفاً على إجازة الولي.

٢- ألا يكون أحد العاقدين فضولياً فإن كان أحدهما فضولياً توقف نفاذ العقد على صاحب الشأن فإن أجازه نفذ وإلا فلا.

الفصل الثاني

المشارطات في عقد الزواج

اتفق الفقهاء[١] على وجوب الوفاء بالشرط إذا كان مما يقتضيه العقد كالاتفاق على الزوجة والعشرة بينهما بالمعروف، أو مما يؤكد ما يقتضيه العقد كأن يكون الزوج مثلاً كفيلاً بدفع المعر، ومما جاء الشرع بجوازه كاشتراط المرأة أن تكون العصمة بيدها أو مما جرى به العرف الصحيح في البلد الذي يعمل به الزوجان كاشتراط تعجيل بعض المهر.

واتفق الفقهاء[٢] أيضاً على فساد الشرط الذي ينافي ما يقتضيه العقد، كأن لا ترثه أو أن لا ينفق عليها، وأن لا يعاشرها معاشرة الأزواج أو أن لا مهر لها، أو أن تنفق عليه، أو أن تخرج من البيت متى شاءت بدون إذنه.

وذهب المالكية[٣] إلى أن النكاح المقترن بشرط ينافي المقصود من العقد يفسخ قبل الدخول، وإن حصل دخول ألغي الشرط ووجب لها المسمى إن كان حلالاً، وإن لم يكن فيه مسمى كنكاح الشغار أو كان قد سمي المهر ولكنه محرم كالخمر وجب لها صداق المثل، لما في هذا الشرط من التأثير في الصداق لأنه يزيد وينقص لذلك.

واتفقوا[٤] أيضاً على فساد الشرط الذي نص الشرع على فساده وذلك كأن تشترط عليه طلاق ضرتها إلا ما روي عن بعض الحنابلة القول بجواز هذا الشرط.

واستدل القائلون بفساده بما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها»[٥] وفي رواية «لا يحل لامرأة أن تنكح بطلاق أخرى»[٦].

واختلفوا[٧] في الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد، وليست مما يقتضيه العقد، ولا تخل بمقصوده الأصلي، ولا مما يؤكد ما يقتضيه العقد، ولا مما جاء الشرع بجوازه، أو جرى العرف الصحيح به، وذلك كاشتراطها في العقد أن لا يسافر بها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن لا يسكنها في بلد معين.

---

(١) الخرشي (٣/ ٢٧٨) والمنهاج (٣/ ٢٨٠) والشرح الكبير (٢/ ٣١٧) والشرح الصغير (٢/ ٤٥).

(٢) الشرح الكبير (٢/ ٢٣٨) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٤٥) والخرشي (٣/ ١٩٥-٢٧٨) والمغني (٧/ ١٥) والمنهاج (٣/ ٢٨٠).

(٣) بلغة السالك (٢/ ٤٥-٤٨) والشرح الكبير (٢/ ٢٣٨، ٢٤٠) وحاشية الدسوقي (٢/ ٢٣٨، ٢٤٠).

(٤) الشرح الصغير (٢/ ٤٥) والمقنع (٣/ ٤٥) والمغني (٧/ ١٤).

(٥) السنن الكبرى (٧/ ٢٤٩) والنسائي (٢/ ٧٢).

(٦) المصنف (٧/ ٤٦٦).

(٧) سبل السلام (٣/ ١٢٥) ونيل الأوطار (٦/ ١٥٢).

فذهب الحنابلة[1] والأوزاعي وابن شبرمة إلى جواز هذه الشروط ووجوب الوفاء بها، فإن لم يف بالشرط كان لها فسخ العقد.

استدلالاً:

١- بقوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[2] فهذا الحديث يدل على أن الأصل في الشروط الصحة حتى يقوم دليل شرعي على بطلان تلك الشروط.

٢- وبقوله ﷺ: «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»[3] فهذا الحديث يدل أيضاً على وجوب الوفاء بجميع الشروط المقترنة بعقد الزواج إذا كانت لا تنافي ما يقتضيه العقد.

٣- وبما روي أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها أن تسكن إلا في دارها، ثم بدا له بعد ذلك أن ينقلها إلى داره فتخاصما إلى عمر، فقال عمر: «لها شرطها، مقاطع الحقوق عند الشرط»[4].

٤- ولأن الشارع حرم مال الغير إلا عن تراض منه، ولا شك أن المرأة لم ترض ببذل الاستمتاع بها إلا بهذا الشرط.

٥- ولأن الأصل وجوب الوفاء بالعقود، لأنها قائمة على الرضا، ولتحقيق المنفعة للمتعاقدين ما دامت لا تتعارض مع القواعد العامة التي نص عليها الشرع والغرض من الشرط تحقيق منفعة مقصودة لمشترطة، فيجب الوفاء به عملاً بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ﴾ [المائدة: ٥].

وذهب جمهور الفقهاء -الشافعية والمالكية والحنفية- إلى أنه لا يجب الوفاء بالشروط حتى يوجد دليل شرعي يدل على اعتبارها ولم تكن من مقتضيات العقد ومقاصده أو مؤكدات ذلك.

ونقل عن الشافعي والحنفية والمالكية جواز الوفاء بالشرط.

وقال بعضهم: باستحباب الوفاء به إذا كان كعدم السفر بها، أو إخراجها من منزلها، وأن لا يتزوج عليها[5] ولا يترتب على هذا الشرط فساد العقد، فلا يفسخ لا قبل الدخول ولا بعده، بل يصح العقد ويلغى الشرط، ولها مهر المثل إن كانت تزوجت بأقل من مهر المثل مقابل الوفاء بالشرط، وبهذا قال الشافعية. وقال الحنفية: لها أن ترجع عليه بما نقصت له من الصداق[6]. وقال المالكية: إن شرطت عليه أن لها الخيار إن تزوج عليها أو أخرجها من بلدها فلها ذلك[7].

---

(١) نيل الأوطار (٦/ ١٥٣) وبداية المجتهد (٢/ ٥٠) والمقنع (٣/ ٤٥) والمغني (٧/ ١٣).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ٢٤٩).

(٣) الدارمي(٢/ ١٤٣) والسنن الكبرى(٧/ ٢٤٨) وأبو داود (٢/ ٦٠٤) وصحيح مسلم (٩/ ٢٠١).

(٤) السنن الكبرى (٧/ ٢٤٩).

(٥) المهذب (٢/ ٤٧) وسبل السلام (٣/ ١٢٥) ونيل الأوطار (٦/ ١٥٣) والشرح الكبير (٢/ ٢٣٨، ٣١٧) والشرح الصغير (٢/ ٤٤) وبلغة السالك (٢/ ٤٥) والخرشي (٣/ ١٩٦-٢٧٨) والمغني (٧/ ١٣) والمنهاج (٣/ ٢٨٠).

(٦) نيل الأوطار (٦/ ١٥٣) والشرح الكبير (٢/ ٢٨٨، ٣١٨) والمغني (٧/ ١٣) والمنهاج (٣/ ٢٨٠).

(٧) جواهر الاكليل (١/ ٣١٦) والشرح الكبير (٢/ ٣١٨).

واستدلوا: بقوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[1].

مما سبق يتبين لنا أن الأصل في الشروط عند الحنابلة الصحة إلا إذا ورد دليل شرعي يدل على البطلان والأصل في الشروط عند الجمهور المنع ما لم يرد دليل على الاباحة.

وقد قسم قانون الأحوال الشخصية الشروط المقترنة بالعقد إلى قسمين:

١- الشروط التي تنافي مقتضى العقد ويلتزم فيه أحد الطرفين بما هو محظور شرعاً كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج أو أن يشرب الخمر، فهذه الشروط وما يماثلها باطلة والعقد صحيح.

٢- الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد، ولم يلتزم فيها بما هو محظور شرعاً، وكان فيها مصلحة لأحد الطرفين فإنه يجب الوفاء بها إذا كانت لا تمس مصلحة الغير، كأن تشترط الزوجة على الزوج أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو أن يجعل أمرها بيده تطلّق نفسها إذا شاءت، أو أن يسكنها في بلد معين، أو كان يشترط الزوج على زوجته أن لا تعمل خارج البيت، أو أن تسكن معه في البلد الذي يعل هو فيه.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنابلة.

وما يترتب على عدم الوفاء بالشروط الصحيحة:

إذا كانت الزوجة هي التي اشترطت على الزوج شرطاً لمصلحتها، ولم يَفِ به الزوج فسخ العقد بطلب من الزوجة، ولها عليه سائر حقوق الزوجية من النفقة في زمن العدة ومؤجل الصداق، وإذا كان الزوج هو الذي اشترط على الزوجة شرطاً لمصلحته ولم تَفِ به الزوجة غسخ العقد بطلب الزوج وأعفي من مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها.

وإلى هذا أشارة المادة (١٩) كما أنها بينت أن الشروط التي يمكن الاحتجاج بها لدى المحاكم هي الشروط المسجلة في وثيقة العقد حيث جاء فيها: إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ولم يكن منافياً لمقاصد الزواج ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً وسجل في وثيقة العقد وجبت مراعاته وفقاً لما يلي:

١- إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطاً تتحق لها به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق الغير كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها وأن لا يتزوج عليها أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت أو أن يسكنها في بلد معين كان الشرط صحيحاً وملزماً فإن لم يَفِ به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

٢- إذا اشترط الزوج على زوجته شرطاً تتحق له به مصلحة غير محظورة شرعاً ولا يمس حق الغير كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه كان الشرط

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ١٣٢).

صحيحاً وملزماً فإن لم تَفِ به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج وأعفي من مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها.

٣- أما إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعاً كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه أو لا يعاشره معاشرة الأزواج أو يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والديه كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً.

شروط إدارية لتسجيل عقد الزواج:

نصت المادة (١٧) على إجراءات تسجيل العقد:

أ - يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لاجراء العقد.

ب- يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة.

ج- وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وبغرامة على كل منهم لا تزيد عن مئة دينار.

د - وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة.

هـ- يعين القاضي الشرعي مأذون عقود الزواج بموافقة قاضي القضاة ولقاضي القضاة اصدار التعليمات التي يراها لتنظيم أعمال المأذونين.

و- يتولى قناصل المملكة الأردنية الهاشمية المسلمون في خارج المملكة إجراء عقود الزواج وسماع تقرير الطلاق للرعايا الأردنيين الموجودين في خارج المملكة وتسجيل هذه الوثائق في سجلاتها الخاصة.

ز- تشمل كلمة القنصل وزراء المملكة الأردنية الهاشمية المفوضين والقائمين بأعمال هذه المفوضيات ومستشاريها أو من يقوم مقامهم.

عدم تناسب السن بين الخاطبين:

جاء في المادة (٧) ما نصه: يمنع إجراء العقد على امرأة لم تكمل ثماني عشرة سنة إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً إلا بعد أن يتحقق القاضي رضاها واختيارها وان مصلحتها متوفرة في ذلك.

ويفهم من هذه المادة أنه إذا كان عمرها أكثر من ثماني عشرة سنة وكان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاماً، فإنه يصح زواجها دون حاجة إلى أن يتحقق القاضي من رضاها واختيارها وليس لهذا الحكم مستند إلا السياسة الشرعية التي تبيح للحاكم أن يمنع بعض الأفعال المباحة إذا ترتب عليها ضرر.

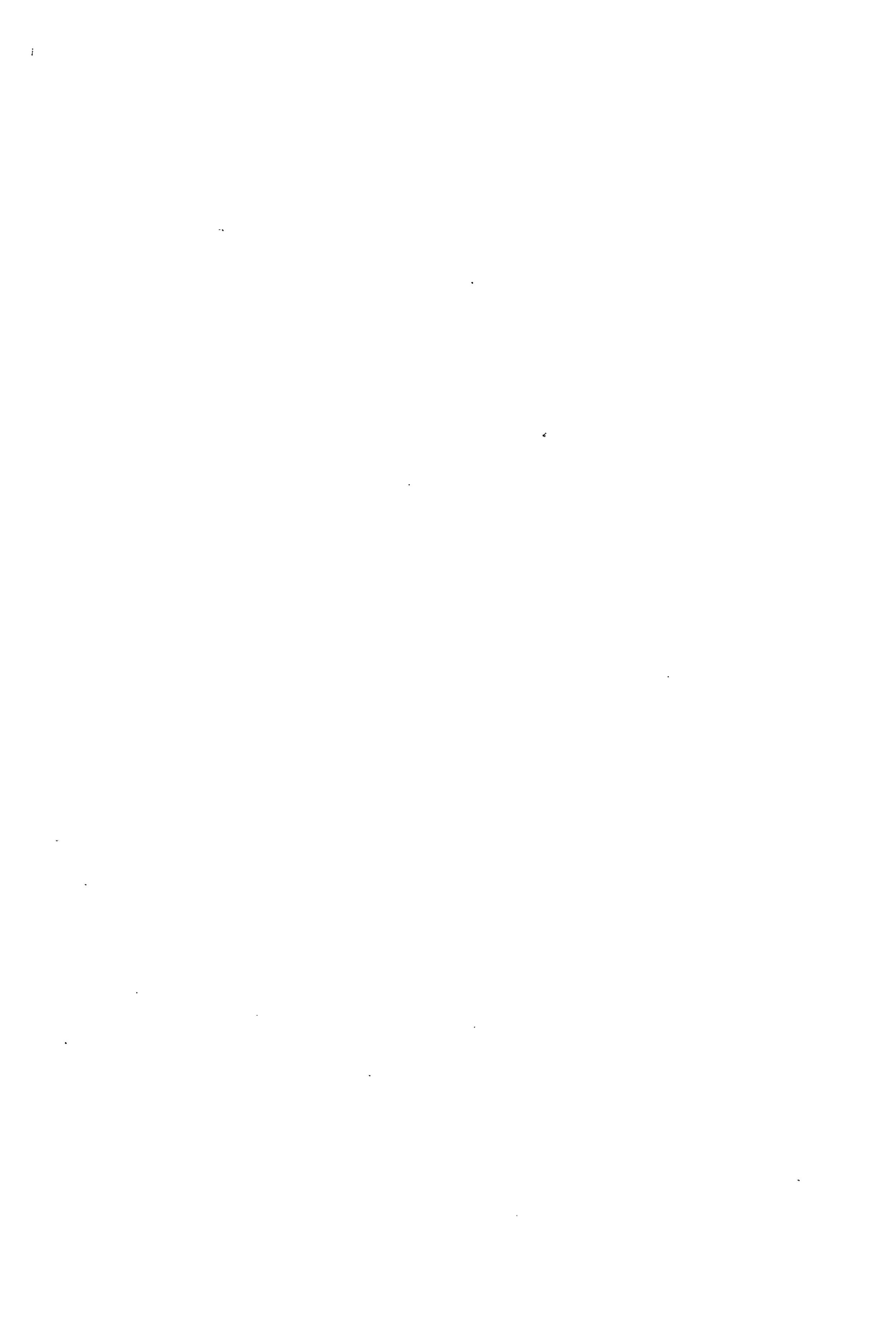
الباب الثاني
في آثار عقد الزواج

الفصل الأول:

أحكام وآثار عقد الزواج غير المتسوفى لأحد المقومات أو الشرائط الشرعية.

الفصل الثاني:

آثار عقد الزواج المستوفى لمقومات العقد وشرائطه الشرعية.



الفصل الأول

أحكام وآثار عقد الزواج غير المستوفي لأحد المقومات أو الشرائط الشرعية

ذهب جمهور الفقهاء: إلى عدم التفريق بين العقود الباطلة والعقود الفاسدة، فالعقد الباطل والعقد الفاسد في البيع مثلاً لا ينقلان الملكية من البائع إلى المشتري أو العكس.

وذهب الحنفية: إلى التفرقة بين العقود الباطلة والفاسدة في المعاملات المالية فالباطل عندهم: ما لم يشرع بأصله ولا وصفه، والفاسد: ما يشرع بأصله دون وصفه، فالخلل في العقد الباطل يكون في ركن العقد، والخلل في العقد الفاسد يكون في وصفه ويرتبون على ذلك بعض الآثار فيقولون: إن العقد الباطل لا ينقل الملكية، والعقد الفاسد ينقل الملكية ولا يجوز فسخ العقد إذا تسلم المشتري المبيع في البيع الفاسد وتصرف به واستهلكه.

أما في الزواج فهم -أي الحنفية- لا يفرقون بين النكاح الباطل والفاسد، فالحكم عندهم واحد سواء أكان الخلل في ركن العقد أو شرائط صحته وانعقاده، وعلى ذلك فلا يترتب على النكاح الباطل والفاسد شيء من آثار عقد الزواج الصحيح ما لم يحصل دخول، فإذا حصل دخول ترتبت بعض آثار عقد الزواج، وهي ثبوت النسب وحرمة المصاهرة والعدة والمهر كما يأتي.

ويتفق الحنفية مع جمهور الفقهاء في هذا، وقد جرى كثير من العلماء على تسمية عقد النكاح الذي لم يستوف مقومات العقد، وتترتب عليه بعض الآثار إن حصل دخول بالعقد الفاسد، والذي لا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح بالعقد الباطل تفريقا بينهما.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بهذه التفرقة في التسمية، فنص على الحالات التي يكون العقد فيها باطلاً والحالات التي يكون العقد فيها فاسداً، وبين الآثار التي تترتب على العقد الفاسد.

وهذه التفرقة في التسمية أوقعت الكثير من الدارسين في الخلط بين العقود الباطلة والفاسدة في المعاملات، والعقود الباطلة والفاسدة في النكاح فظنوا الاشتراك في الحكم للاشتراك في التسمية وهذا غير صحيح.

وذلك لأن العقد الفاسد في المعاملات عند الحنفية لا يفسخ إذا تسلم المشتري المبيع أو تصرف فيه أو استهلكه، وتنتقل الملكية فيه من البائع المشتري، أما في النكاح: فما يسمونه بالعقد الفاسد يجب فسخه بكل حال حصل دخول أولا والدخول فيه حرام إلا أنه لا يقام حد الزنا على الفاعل للشبهة، فاستوى في الحرمة ووجوب الفسخ مع ما يسمونه بالعقد الباطل.

ولذا فإني أميل إلى تسمية العقد الذي فقد أحد مقوماته كما سبق بيانها بالعقد الباطل وأن نفرق بين

العقد الباطل الذي تترتب عليه بعض الآثار، والباطل الذي لا يترتب عليه أي أثر فنسمي الأول بالباطل المشتبه، وذلك لأن سبب ترتب بعض الآثار عليه قيام الشبهة، كشبهة خلاف العلماء، أو شبهة العقد مثلاً، ونسمي الثاني بالباطل غير المشتبه. وهذا ما ذهب إليه أستاذنا مصطفى الزرقا في بحث له عن العقود الباطلة والفاسدة في النكاح[1].

وقد جاء في المادة [٤١]: الزواج الباطل سواء وقع به دخول أو لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً وبناء على ذلك لا يثبت به بين الزوجين أحكام الزواج الصحيح كالنفقة والنسب والعدة وحرمة المصاهرة والإرث.

وجاء في المادة [٤٢]: (الزواج الفاسد الذي لم يقع به دخول لا يفيد حكماً أصلاً، أما إذا وقع به دخول فيلزم به المهر والعدة ويثبت النسب وحرمة المصاهرة، ولا تلزم بقية الأحكام كالإرث والنفقة قبل التفريق أو بعده) فهذه المادة تفيد ثبوت الأحكام التالية:

١- يثبت النسب احتياطاً لصالح الولد.

٢- ويجب المهر.

لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن مهر أو حد وقد سقط الحد سواء اعتقد حله أو حرمته، لأن النكاح الفاسد مختلف في إباحته فلم يجب به الحد لهذا، والاختلاف شبهة والحدود تدرء بالشبهات، أو لأن العقد قام شبهة فيدرأ بها الحد على رأي أبي حنيفة وإذا سقط الحد وجب المهر.

واختلف الفقهاء في مقدار المهر الواجب.

فذهب أبو حنيفة إلى أن لها الأقل من المسمى أو مهر المثل، لأنها إن رضيت بدون مهر المثل فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح، وإن كان المسمى أكثر من مهر المثل لم يجب الزائد عن مهر المثل، لأنه بغير عقد صحيح.

وذهب الشافعي والحنابلة إلى أن لها مهر المثل، وهو مهر مثلها يوم الوطء لا يوم العقد، لقوله (ﷺ): «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل، فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها» . ولا يجب لها بالخلوة الصحيحة شيء عند أكثر أهل العلم للحديث السابق.

وذهب المالكية إلى أنه إن دخل بها وكان الصداق مسمى وجب المسمى، وإلا وجب مهر المثل، وسقط الصداق بالفسخ قبل الدخول الصحيح، وإذا تلذذ بها دون دخول ثم فسخ النكاح لفساده تعاض الزوجة نظير ذلك باجتهاد الحاكم والناس، وسواء في هذا المرأة المعقود عليها بعقد فاسد فساداً متفقاً عليه أو غير متفق عليه[2].

---

(١) البحث لم يطبع في كتاب وقد أطلعني عليه أستاذنا الزرقا.

(٢) انظر فيما سبق: البحر الرائق (٣/ ١٨١، ١٨٣، ١٨٤) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٨٦، ٢٨٨، ٣٠٨) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٥) والمقنع (٣/ ٩٥) والمنهاج (٣/ ٢٢٠، ٢٨٥) وفتح الوهاب (٢/ ١١٥) وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير =

وقد أخذ القانون بمذهب أبي حنيفة في وجوب الأقل من المسمى أو مهر المثل، إذا حصل التفريق بين الزوجين بعد الدخول في عقد فاسد حيث جاء في المادة [٥٦]: إذا وقع الافتراق بعد الدخول في العقد الفاسد ينظر فإن كان المهر سمي يلزم الأقل من المهرين المسمى والمثل، وإن كان المهر لم يسم أو كانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل بالغا، أما إذا وقع الافتراق قبل الدخول فلا يلزم المهر أصلاً.

٣- وتجب العدة لأن الشبهة عند الدخول في هذه الحالة قوية ولا تجب عدة الوفاة ولا الاحداد لها، كما لا تجب العدة بالخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد.

٤- وتثبت به حرمة المصاهرة على التفصيل الذي سبق بيانه في المحرمات بالمصاهرة. كما تفيد المادة المذكورة عدم ثبوت الأحكام التالية:

١- لا يجب حد الزنا بالنكاح الفاسد.

٢- ولا يثبت به التوارث بين الزوجين إذا توفي أحدهما قبل التفريق بينهما أو بعده.

٣- ولا تجب به نفقة الزوجة على الزوج قبل التفريق بينهما أو بعده.

٤- ولا يثبت حكم الإيلاء باليمين فيه.

٥- ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض.

٦- ولا يحصل به الإحصان الذي يوجب حد الرجم.

٧- ولا تحل الزوجة للزوج المطلق ثلاثاً بالوطء فيه[1].

إذا تبين هذا نقول: إن عقود الزواج تنقسم بحسب استيفائها لمقومات العقد وشرائطها الشرعية أو شرائط اللزوم والنفاذ، أو عدم استيفائها لذلك إلى أربعة أنواع:

أولا: العقد الصحيح وهو كل عقد استوفى المقومات والشرائط الشرعية المتممة له، وقد سبق بيانها ويترتب على هذا العقد جميع آثار عقد الزواج من حل استمتاع كل منهما بالآخر ومهر ونفقة ونسب وتوارث وحرمة مصاهرة.

وقد جاء في المادة [٣٢] تعريف عقد الزواج الصحيح وبيان ما يترتب من آثار حيث على أنه: يكون العقد صحيحاً وتترتب عليه آثاره إذا توافرت فيه أركانه وسائر شروطه.

وجاء في المادة [٣٥]: إذا وقع العقد صحيحاً لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة ويثبت بينهما حق التوارث.

ثانياً: العقد الباطل هو كل عقد فقد أحد مقومات العقد أو شرطاً من شرائط هذه المقومات وهو قسمان:

= (٢/ ٢٣٩، ٢٤١) والشرح الكبير (٢/ ٢٣٩، ٢٤٠) وبلغة السالك (٢/ ٤٩) والشرح الصغير (٢/ ١١٧) والخرشي (٣/ ١٩٧، ١٩٨).

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/ ٢٤٠) والبحر الرائق (٣/ ١٨١، ١٨٣) وابن عابدين (٢/ ٢٨٦، ٢٨٨، ٣٠٨).

أ- باطل مشتبه وهو ما سماه القانون بالعقد الفاسد.

ب- وباطل غير مشتبه وهو ما سماه القانون بالعقد الباطل.

وقد تجنب القانون وضع تعريف للعقد الباطل واكتفى بالنص على الحالات التي يكون فيها عقد الزواج باطلاً، فقد جاء في المادة [٣٣]: يكون العقد باطلاً في الحالات التالية:

١- تزوج المسلمة بغير المسلم.

٢- تزوج المسلم بامرأة غير كتابية.

٣- تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرم منه، وهن الأصناف المبينة في المواد [٢٤و ٢٥ و ٢٦] من هذا القانون.

ولنا على هذا النص ملاحظتان:

الأولى: أنه اعتبر عقد الزواج على امرأة محرمة عليه بسبب الرضاع من العقود الباطلة التي لا يترتب عليها أي أثر وإن حصل دخول بين الزوجين، وقد رتب الفقهاء على هذا العقد أحكام عقد الزواج الباطل المشتبه أي: الفاسد حيث قالوا بثبوت النسب ووجوب المهر والعدة وحرمة المصاهرة بالوطء فيه، وذلك لكثرة اختلاف الفقهاء في المحرمات بالرضاع من حيث عدد الرضعات والسن الذي يحرم فيه الرضاع، واشتراط مص الثدي عند بعضهم، وخلافهم في التحريم إذا خلط اللبن بمائع أو طعام وغير ذلك مما يصلح أن يكون شبهة في الجملة فأخذ حكم عقد الزواج الباطل المشتبه[1] [2].

الثانية: أنه وقع خطأ في الفقرة الثالثة من المادة [٣٣] حيث نصت على أن: الزواج يكون باطلاً إذا تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرم منه وهن الأصناف المبينة في المواد [٢٤و ٢٥و ٢٦] من هذا القانون، وقد شملت بذلك المحرمات بسبب الرضاع والمحرمات بسبب المصاهرة. والمحرمات بسبب الرضاعة والمصاهرة لسن ذوات رحم كما جاء في الفقرة الثالثة، وإنما كان تحريمهن بسبب الرضاع أو المصاهرة، ولا يشمل لفظ (تزوج الرجل بامرأة ذات رحم محرم منه) إلا المحرمات بسبب القرابة ولما أحالت هذه الفقرة على المواد [٢٤و ٢٥و ٢٦] كان في ذلك تناقض مع منطوق الفقرة الثالثة التي تفيد تحديد العقد الباطل فيما إذا كان على المحرمات بسبب القرابة.

كما تجنب القانون وضع تعريف للعقد الفاسد واكتفى بالنص على الحالات التي يكون فيها العقد فاسداً كما جاء في المادة [٣٤]: يكون عقد الزواج فاسداً في الحالات التالية:

١- إذا كان الطرفان أو أحدهما غير حائز على شروط الأهلية حين العقد.

---

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٥٠) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٩) والشرح الكبير (٢/ ٢٥١، ٥٠٦) والخرشي (٣/ ٢٠٩) وفتح الوهاب (٢/ ١١٥).

(٢) يرى المالكية وبعض الشافعية فيما إذا تزوج الرجل المرأة وهو يعلم أنها أخته في الرضاعة أن العقد يكون باطلاً لا يترتب عليه أي أثر ويجب عليه حد الزنا، انظر المراجع السابقة ما عدا البحر الرائق.

٢- إذا عُقد الزواج بلا شهود.

٣- إذا عُقد الزواج بالإكراه.

٤- إذا كان شهود العقد غير حائزين للأوصاف المطلوبة شرعاً.

٥- إذا عُقد الزواج على احدى المرأتين الممنوع الجمع بينهما بسبب حرمة النسب أو الرضاع.

٦- زواج المتعة والزواج المؤقت[١] [٢].

ومما تجدر الاشارة إليه أن القانون لم ينص على حكم زواج الرجل من خامسة وفي عصمته أربع نساء، كما أنه لم ينص على حكم زواج الرجل من مطلقته البائنة منه بينونة كبرى قبل أن تتزوج من آخر، وذلك لحصره الزواج الفاسد في حالات معينة، وينبغي أن لا يحصر حالات الزواج الفاسد فيما سبق، وأن يجعل ما سبق ذكره في المادة [٣٤] أمثلة للزواج الفاسد ويرجع في باقي الأنواع من الزواج الفاسد إلى الراجح من مذهب الحنفية عملا بالمادة [١٨٣] من هذا القانون، وما سبق ذكره من الأنكحة الفاسدة عند الحنفية فتأخذ حكم الزواج الفاسد.

وقد وضع المالكية[٣] ضابطاً للعقد الباطل المشتبه الفاسد الذي تترتب عليه بعض الآثار إذا حصل دخول كالصداق وعدم وجوب الحد وحرمة المصاهرة وثبوت النسب ووجوب العدة، حيث قالوا: ما اختلف فيه العلماء فالفسخ فيه يعتبر طلاقاً وتترتب عليه الآثار السابقة، وما اتفق على فساده فلا يعتبر الفسخ فيه طلاقاً، ولا يترتب عليه أي من الآثار لا قبل الدخول ولا بعده.

التفريق بين الزوجين في النكاح الباطل المشتبه والباطل غير المشتبه (الباطل والفاسد):

نصت المادة [٤٣] على أن: بقاء الزوجين على الزواج الباطل أو الفاسد ممنوع، فإذا لم يتفرقا يفرق القاضي بينهما عند ثبوت ذلك بالمحاكمة باسم الحق العام الشرعي، ولا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملاً أو كان الطرفان حين إقامة الدعوى حائزين على شروط الأهلية وعلى ذلك يفرق القاضي بين الزوجين في الزواج الباطل والفاسد.

واستثنى القانون فساد الزواج بسبب صغر السن فلا يفرق بينهما إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملاً أو كان الزوجان حين إقامة الدعوى بالغين عاقلين.

والذي ذهب إليه القانون من وجوب التفريق بين الزوجين في النكاح الباطل والفاسد ولو بعد الدخول

(١) النكاح المؤقت ونكاح المتعة من النكاح الباطل المشتبه -الفاسد- حيث يترتب عليه آثار ذلك العقد انظر روضة الطالبين (٧/ ٤٢) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٢٤) والشرح الكبير (٢/ ٢٣٩) وحاشية الدسوقي (٢/ ٢٣٩) والشرح الصغير (٢/ ٤٦).

(٢) ما سبق ذكره من الأنكحة الباطلة التي تترتب عليها بعض الآثار عند جمهور العلماء -أي الفاسد- ويرى المالكية أن عقد النكاح تترتب عليه جميع آثاره ويكون صحيحاً وإن لم يكن فيه شهود إن فشا النكاح بدفٍ وإن لم يكن شهود ولا فشا النكاح فيجب الحد ولا يثبت النسب. انظر: الشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٧) والمنهاج (٣/ ٢٢٠).

(٣) الشرح الصغير (٢/ ٤٦) والخرشي (٣/ ١٩٧) وبلغة السالك (٢/ ٤٧) والشرح الكبير (٢/ ٢٣٩-٢٤٠).

هو رأي عامة الفقهاء إلا في مسألة زواج الصغيرين لقول جمهور الفقهاء بجواز زواج الصغير والصغيرة كما سبق بيانه[١].

وإذا رفعت الدعوى لفسخ عقد الزواج بين الزوجين بسبب الصغر وكان الزوجان قد بلغا السن القانونية فإنه لا ينظر في الدعوى ويكون عقد الزواج صحيحاً.

ثالثاً: العقد الموقوف هو العقد الذي يتولاه من ليس له ولاية شرعية في إنشاء العقد وإن كان كامل الأهلية كالفضولي وكتزويج الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب، أو هو العقد الذي ينشؤه ناقص الأهلية فيزوج نفسه من كفء وبمهر المثل فيكون عقده موقوفاً على إجازة وليه.

والعقد الموقوف صحيح إلا أنه لا ينفذ إلا باجازة من له الإجازة فإن أجيز نفذ من تاريخ إنشائه لا من تاريخ إجازته، وإن لم يجزه بطل العقد واعتبر ملغى. وإذا حصل دخول قبل الإجازة ثم كانت الاجازة ترتب عليه جميع ما يترتب على العقد الصحيح من آثار.

وإذا حصل دخول بعد رفض العقد والعلم به كان الفعل زنا يوجب الحد ولا يترتب عليه أي شيء من مهر أو عدة أو نسب أو حرمة مصاهرة، ولم يتعرض القانون للعقد الموقوف عند الكلام على أنواع الزواج، ولذا فإنه يرجع في أحكامه إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة عملاً بالمادة [١٨٣] وهو ما سبق بيانه[٢].

رابعاً: العقد غير اللازم وهو العقد الذي استوفى مقومات عقد الزواج وشرائط النفاذ ولم يستوفى شرائط اللزوم وقد سبق بيانها عند الكلام على شرائط اللزوم.

والعقد غير اللازم صحيح يترتب عليه ما يترتب على العقد الصحيح من آثار إذا أصبح لازماً، وإذا حصل دخول وفَسَخَ العقدَ مَنْ له حق فسخه وجب المهر والعدة وثبت النسب وحرمة المصاهرة وجميع ما يترتب على العقد الصحيح من آثار، وتترتب هذه الأحكام أيضاً إذا حصل الفسخ بعد الخلوة الصحيحة، وإذا فسخ العقد قبل الدخول والخلوة الصحيحة لم يجب به شيء، لأنه نقض العقد من أصله، فكأن العقد لم ينعقد أصلاً، أو لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة لا من قبل الزوج قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة ولذا لم يجب لها شيء من المهر.

وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء بغير رضاء الولي فيحرم على الزوج الوطء حتى يرضى الولي بزواجها منه، ولا يقام به حد الزنا عليه لانعقاد العقد والولي فسخ العقدَ[٣].

وقد أشارت المادة [٢٣] الى الحالة التي لا يصح فيها فسخ عقد النكاح غير اللازم بسبب عدم كفاءة الزوج وهي ما اذا حملت الزوجة من الزوج، ولم تتعرض لما يترتب عليه من اثار اذا تم فسخه، ويرجع فيما هو مسكوت عنه الى الراجح من مذهب الامام أبي حنيفة وهو ما سبق أن بيناه.

---

(١) البحر الرائق (٣/ ١٨١) وحاشية ابن عابدين (٢/ ٢٨٦) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٢٣).
(٢) البحر الرائق (٣/ ١٨١).
(٣) البحر الرائق (٣/ ١٨٣) والاختيار (٣/ ١٠٠) وتبيين الحقائق (٢/ ١٢٨) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٢٧).

الفصل الثاني

في آثار عقد الزواج المستوفي لمقومات العقد وشرائطه الشرعية المتممة للعقد

(حقوق الزوجين)

لما كان عقد الزواج ميثاقاً غليظاً بين الرجل والمرأة يراد له الدوام والبقاء لذا رتب الشارع حقوقاً للزوجين على بعضهما البعض وحقوقاً مشتركة بينهما، فإذا قام كل واحد من الزوجين بما يجب عليه تجاه صاحبه وشريك حياته في السر والعلن سعدت الأسرة وكانت لبنة صالحة في بناء المجتمع.

وستتكلم عن هذه الحقوق بشيء من الإيجاز في مباحث ثلاثة.

المبحث الأول

في الحقوق المشتركة بين الزوجين

أ- حِلُّ استمتاع كل منهما بالآخر لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾ [المعارج: ٢٩-٣١].

ب- حسن المعاملة لقوله تعالى: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولقوله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. ولقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء: ١٩].

وقال (ﷺ): «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها»[١].

وأشارت المادة [٣٩] إلى وجوب حسن العشرة بين الزوجين والمعاملة بالمعروف حيث جاء: فيها على الزوج أن يحسن معاشرة زوجته وأن يعاملها بالمعروف وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة.

جـ- حرمة المصاهرة فلا يحل للزوج أن يتزوج أم زوجته ولا ابنة زوجته المدخول بها ولا أن تتزوج الزوجة بأب الزوج أو ابنه على ما سبق بيانه في المحرمات بالمصاهرة وأشارت لذلك المادة [٢٥].

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٢٩١) وسنن أبي داود (٢/ ٦٠٥) وسنن الترمذي (٤/ ٣٢٣).

د- التوارث بين الزوجين -إلا إذا قام مانع شرعي يمنع من الميراث- فترث الزوجة زوجها كما يرث الزوج زوجته على التفصيل المبين في كتب الميراث.

وقد أشارت المادة [٣٥] إلى حق التوارث بين الزوجين حيث جاء فيها إذا وقع العقد صحيحاً لزم به للزوجة على الزوج المهر والنفقة ويثبت بينهما حق التوارث[١].

هـ- ثبوت نسب الولد للزوج[٢] كما يثبت للأم إن أتت به على فراش الزوجية الصحيحة قال (ﷺ): «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٣].

وقال الحنفية: إن سبب ثبوت النسب هو العقد الصحيح من غير اشتراط الدخول أو إمكان الدخول.

وقال جمهور الفقهاء: إن سبب ثبوت النسب هو العقد الصحيح مع إمكان الدخول.

المبحث الثاني

حقوق الزوج على الزوجة

أ- الطاعة:[٤]

ذلك لأن الأسرة كالمجتمع لا بد لها من قائد يقوم على شؤونها والمرأة ليست أهلاً لذلك، لأن القوامة تقتضي خروج المرأة إلى المجتمع العام، وهذا لا يتناسب مع تربية الأبناء والقيام بشؤون الأسرة الداخلية، ثم إن استعدادها الجسمي وما خلقت له لا يسمح لها بذلك، لما تكون عليه من حمل وإرضاع وتربية أطفال، وغلبة العاطفة عليها، ولما كان الإنفاق واجباً على الرجل اقتضى ذلك أن تكون القوامة بيده لأنه ليس من المعقول أن يكون ملزماً بالكسب وجلب المال والذي يتولى تصريف هذا المال شخص آخر، لهذه الأسباب جميعاً كانت القوامة على الأسرة للرجال قال تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤]. وقال سبحانه: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

والقوامة تقتضي أن يكون للرجل حق الطاعة على جميع أفراد الأسرة بما في ذلك الزوجة قال (ﷺ): «لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها».

---

(١) البحر الرائق (٣/ ٨٤و٢٣٦).
(٢) البحر الرائق (٣/ ٨٤و٢٣٦).
(٣) الدارمي (٢/ ١٥٢) والنسائي في سننه (٦/ ١٨١) والترمذي في سننه (٤/ ٣٢١).
(٤) البحرالرائق (٣/ ٨٤، ٢٣٦) والشرح الكبير (٢/ ٣٤٣).

وتقتضي كذلك أن يكون له حق التأديب عند النشوز أي: العصيان ومخالفة الأمر.

قال تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٤].

وقد رسمت الآية الكريمة طرق التأديب على أن لا يشتط الرجل فيطغى فجعلت علاج النشوز داخل الأسرة بين الزوجين، ولذا فإن من الخطأ أن يتدخل الأهل قبل أن يتبع الزوج في علاج زوجته ما رسمه الله سبحانه وتعالى له، وهي كما بينتها الآية الكريمة:

١- التأديب بالوعظ الحسن مع استعمال الحكمة، ولا يكون بالمرة الواحدة، وإنما ترك ذلك للزوج فيقدر مدة الاستمرار فيه، فكلما وجد قبولاً وفائدة منه لم ينتقل إلى المرحلة الأخرى وهذا علاج كاف لبعض النساء، فمنهن من رق شعورها وإحساسها فتكفيها الإشارة والكلمة الطيبة، وهؤلاء لا يجوز تجاوز هذا الحد معهن، ومنهن من لا يجدي معهن ذلك فتعين على الزوج الطريق الثاني.

٢- الهجر في المضجع: والجائز منه هو الهجر الجميل من غير جفوة موحشة، قال تعالى: ﴿وَٱهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا﴾ [المزمل: ١٠]. ولا يجوز الهجر في الكلام، ويهجر الزوج ما دام يراه مجدياً في رد المرأة إلى صوابها، وإنه لذو وقع على النساء، وقل من لا يجدي معهن، فإن أطاعت فلا يجاوز الزوج ذلك إلى غيره، ولكن بعض النساء ممن تبلد حسهن وخشن طبعهن لا ينفع معهن ذلك ولذا كان للزوج أن ينتقل للمرحلة الثالثة.

٣- الضرب: وهو علاج للنساء الشرسات الطبع وليس علاجاً لكل النساء كما سبق القول. والجائز منه هو الضرب غير المبرح الذي لا يترك على الجسم أثراً، كما أنه لا يجوز ضرب الوجه أو الضرب بشيء يشين المرأة كالضرب بالنعل، ويقول علماء النفس: إن بعض النساء يصبن بنوع من المرض لا يجدي في علاجه إلا الضرب، فإذا ما استنفد الزوج هذه الطرق الثلاث كان لا بد من إطلاع الأهل على الأمر ليحكموا بين الزوجين قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ [النساء: ٣٥].

وهذه المراتب مرتبة لا ينتقل من مرتبة إلى أخرى حتى يستنفد الأولى أو يغلب على ظنه عدم جدواها فعن ابن عباس رضي الله ﷺ عنه قال في تفسير آية ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]. تلك المرأة تنشز وتستخف بحق زوجها ولا تطيع أمره فأمر الله عز وجل أن يعظها ويذكرها حقه عليها، فإن قبلت وإلا هجرها في المضجع ولا يكلمها من غير أن يذر نكاحها فوقعه عليها شديد، فإن رجعت وإلا ضربها ضرباً غير مبرح ولا يكسر لها عظماً ولا يجرح لها جرحاً، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤][1].

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٣٠٣).

وقد جاء في المادة [٣٩] ما يثبت حق الزوج على زوجته في الطاعة فيما هو مباح حيث جاء فيها:

على الزوج أن يحسن معاشرة زوجته وأن يعاملها بالمعروف وعلى المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة.

ب- القرار في البيت:

فعلى الزوجة أن لا تخرج من بيت الزوج إلا بإذنه لو جاز لها أن تخرج بغير إذنه لما استقامت الحياة الزوجية لأن الزوج مكلف بالعمل والإنفاق على الأسرة فكان لا بد له من الخروج بدون إذن لتحصيل أسباب الرزق، فإذا أعطى للمرأة حق الخروج بغير إذن الزوج لندر أن يلتقي الزوجان تحت سقف واحد، وبذلك لا تستقيم العشرة بين الزوجين.

ثم إن عمل المرأة المناسب لفطرتها إنما هو البيت، ولذا قال سبحانه: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ ٱلْأُولَىٰ﴾ [الأحزاب: ٣٣]. وقال سبحانه في شأن المعتدات ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] فإذا كان خروج المعتدات ممنوعاً فأولى بذلك خروج المتزوجات، وإلى هذا أشارت المادة [٢٧] حيث جاء فيها: على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها.

والقرار في البيت حق للزوج إذا قدم للزوجة معجل الصداق، ويجوز لها الخروج وإن لم يأذن لها الزوج لزيارة محارمها فتخرج لزيارة أبويها في كل أسبوع مرة، وإذا كان أحدهما مريضاً يحتاج للخدمة ولا يوجد من يتفرغ لخدمته جاز لها أن تخرج لخدمته كل يوم لأن هذا من البر المأمور به ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

ولها أن تخرج لزيارة محارمها من غير الأبوين في كل سنة مرة وقيل: في كل شهر مرة وقيد بعض الفقهاء خروجها لزيارة أقاربها بما إذا كان يشق على أبويها أو محارمها زيارتها فإذا لم يشق عليهم ذلك لم يجز أن تخرج لزيارتهم إلا بإذن زوجها وليس لها أن تبيت عند أحد إلا بإذن زوجها[١].

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٣٧، ٤/ ٢١٢).

المبحث الثالث

حقوق الزوجة على الزوج

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: في المهر.

المطلب الثاني: في نفقة الزوجة.

المطلب الثالث: في العدل.

المطلب الأول في المهر

المهر: حق من حقوق الزوجة على زوجها وهو المال الذي يجب على الرجل للمرأة بسبب عقد الزواج عليها أو بسبب وطئه لها.

والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ۚ فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ ۚ ﴾ [النساء: ٢٤].

وقوله تعالى: ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ ﴾ [النساء: ٤].

وقوله تعالى: ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ ﴾ [النساء: ٢٤].

وأما السنة: فروى أنس أن رسول الله (ﷺ) رأى على عبد الرحمن بن عوف درع زعفران فقال النبي (ﷺ): مهيم[١] ؟ فقال: يا رسول الله تزوجت امرأة فقال: ما أصدقتها، قال: وزن نواة من ذهب، فقال: بارك الله لك، أَوْلِمْ ولو بشاةٍ[٢].

ولما روى أن النبي (ﷺ) أعتق صفية وجعل عتقها صداقها.

وقال (ﷺ) للرجل الذي طلب أن يزوجه من امرأة جعلت أمرها للنبي (ﷺ): «هل عندك من شيء تصدقها؟» قال: لا أجد. قال: (التَمِسْ ولو خاتماً من حديد) وقال (ﷺ): «أدوا العلائق»، قيل: يا رسول الله وما العلائق؟ قال: «ما تراضى عليه الأهلون»[٣].

---

(١) كلمة يمانية معناها: مالك؟.

(٢) السنن الكبرى(٧/ ٢٣٦) وأبو داود (٢/ ٥٨٤) والنسائي (٦/ ١٢) والمصنف (٦/ ١٧٨).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ٢٣٩).

والمهر يسمى صداقاً، وصدقة، وأجراً، وفريضة، وعلائق، ونحلة، وعقراً، وحباء.

وأما الإجماع:

فقد أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الصداق في النكاح.

حكمه:

المهر واجب على الزوج لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

ولقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَـٰفِحِينَ﴾ [النساء: ٢٤].

وجاء في المادة [٣٥]: إذا وقع العقد صحيحاً لزم للزوجة على الزوج المهر والنفقة ويثبت بينهما حق التوارث، وإذا كان المهر حقاً من حقوق الزوجة فلها كامل الحرية في التصرف فيه، وليس لأحد أن يجبرها على عمل الجهاز منه، وعلى هذا نصت المادة [٦١]: المهر مال الزوجة فلا تجبر على عمل الجهاز منه.

والمهر أثر من آثار العقد وليس شرطاً لصحة عقد الزواج وذلك لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

ووجه الدلالة من الآية أن الطلاق بعد العقد الذي لم يسلم فيه المهر صحيح، ولا طلاق إذا لم يكن عقد النكاح صحيحاً فدل أن المهر ليس شرطاً لصحة العقد.

ولما روى أن النبي (ﷺ) زوج امرأة ولم يسم لها مهراً[١]،[٢].

ولما روى أن عبد الله بن مسعود قضى في امرأة مات عنها زوجها ولم يكن قد فرض لها شيئاً، بأن لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط، فقام رجلان وقالا: نشهد أن رسول الله (ﷺ) قضى في امرأة يقال لها بروع بنت واشق بمثل قضيتك في هذه، فَسُرَّ ابن مسعود سروراً لم يسر قط مثله بعد اسلامه لما وافق قضاؤه قضاء النبي (ﷺ)[٣]،[٤].

وذهب الإمام مالك[٥] إلى أنه لا يصح النكاح مع نفي المهر، فيفسخ قبل الدخول لا بعده، ويجب مهر المثل بعد الدخول، لأن النكاح عقد معاوضة كالبيع. والمهر كالثمن، والبيع بشرط أن لا ثمن لا يصح فكذا النكاح بشرط أن لا مهر.

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٢٣٢).
(٢) المغني (٧/ ١٣٧) والمهذب (٢/ ٥٥) والهداية (١/ ١٩٧) والبحر الرائق (٣/ ١٥٢).
(٣) عقد الزواج واثاره(ص٢٣٠).
(٤) السنن الكبرى (٧/ ٢٤٥) وسنن أبي داود (٢/ ٥٨٩) و سنن النسائي (٦/ ١٢٢).
(٥) بداية المجتهد (٢/ ١٦) وبلغة السالك (٢/ ٨٩) وتبيين الحقائق مع حاشية الشلبي (٢/ ١٣٦).

ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية المهر، لأن النبي (ﷺ) كان يتزوج وزوج بناته وغيرهن ولم يكن يخلي ذلك من صداق.

ولما روى سعد بن سهل أن امرأة قالت قد وهبت نفسي لك يا رسول الله فَرَ فيَّ رأيك، فقال رجل: زوجنيها، قال: اطلب ولو خاتماً من حديد، فذهب فلم يجيء بشيء، فقال النبي (ﷺ): هل معك من القرآن شيء؟ فقال: نعم! فزوجه بما معه من القرآن[1].

ولأن ذلك أقطع للخصومة.

حكمة وجوبه على الرجل:

إن في إيجاب المهر على الرجل توافقاً مع الفطرة البشرية التي فطر عليها كل من الرجل والمرأة فالرجل أقدر على العمل من المرأة فكان عليه كسب المال والمرأة عليها العمل في البيت، ولو كلفت المرأة العمل لجمع مال المهر لكان في ذلك امتهان لكرامتها، وإهدار لعفتها ويلحظ هذا في المجتمعات التي تجعل المهر واجباً على المرأة، ولهذا أكرم الإسلام المرأة ولم يكلفها مثل هذا العناء، وجعل المهر واجباً على الرجل ليكون رمزاً منه لإكرام المرأة ودليلاً على رغبته فيها ببذله أعز ما يملك في سبيلها، ولذا قالوا: إن الصداق ضد الكذب، لأن دخوله بينهما دليل على صدقهما في موافقة الشرع واقتران كل واحد منهما بالآخر.

وإن في جعله واجباً على الرجل ما يجعل الرجل أكثر تروياً في إيقاع الطلاق لما يلحق به من ضرر، ولأن مصالح النكاح ومقاصده لا تحصل إلا بالموافقة ولا تحصل الموافقة إلا إذا كانت المرأة عزيزة مكرمة عند الزوج، ولا عزة إلا بانسداد طريق الوصول إليها إلا بمال له خطر عنده[2] وليس المهر ثمناً أو عوضاً للانتفاع بالمرأة، وإنما هو نِحلة أي: عطية دون مقابل قال تعالى: ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ [النساء: ٤].

ما يصلح ان يكون مهراً:

كل ما كان مالاً متقوماً من العين والدَّين الحالّ والمؤجَّل والمنفعة التي تقوّم بمال سواء كانت منفعة الزوج أو غيره فإنه يصلح أن يكون مهراً عند جمهور الفقهاء[3] إذا لم يكن محرماً كالخمر والخنزير وتعليم التوراة، أو فيه غرر كالمعلوم والمجهول أو ما لا يقدر على تسليمه، كالطير في الهواء، لأنه عوض في عقد فلا يجوز بما سبق كالعوض في البيع والإجارة، فإن تزوج على شيء من ذلك لم يبطل النكاح وإنما يفسد المهر فقط، ويجب مهر المثل.

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٢٣٦).

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢٩٤) وعقد الزواج وآثاره (ص٢٢٩) نقلاً عن البدائع.

(٣) المغني (٧/ ١٣٩) والمهذب (٢/ ٥٦)، مغني المحتاج (٣/ ٢٢٠) والبحر الرائق (٣/ ١٦٨) وبداية المجتهد (٢/ ١٨) والشرح الكبير (٢/ ٢٩٤و٣٠٩) والمنهاج (٣/ ٢٧٦).

وذهب الإمام أبو حنيفة[1] إلى أن منافع الحُرّ لا تكون صداقاً، وفي رواية عنه: أن منافع الزواج فقط لا تكون صداقاً، فإذا تزوجت امرأة رجلاً على مهر وهو خدمتها لمدة سنة مثلاً أو أن يزرع لها حقلاً أو يخيط لها ثوباً فالمهر عنده غير صحيح، ولها مهر مثلها، ودليله على بطلان كون ذلك مهراً قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤].

وخدمة الحُرّ ليست مالاً، ومثله الزواج على تعليم القرآن لأنه ليس بمال، وقال محمد بن الحسن[2] تجب قيمة الخدمة لأن المسمى مالاً إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة، لأنه يكون في هذه الحال عليه طاعتها، والأصل أن طاعته واجبة عليها.

واستدل الجمهور لما ذهبوا إليه[3] بقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] فجعل الرعي صداقاً.

وزوج النبي (ﷺ) المرأة التي وهبت نفسها إليه من رجل بما معه من القرآن ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الإجارة فجازت صداقاً كمنفعة غير الحر.

ولم ينص القانون على ما يصلح أن يكون مهراً، ولذا فيعمل بالراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة عملاً بالمادة [١٨٣].

مقدار المهر:

اتفق الفقهاء[4] على أنه لا حَدَّ لأكثر المهر وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠]. ، قال معاذ رضي الله عنه: القنطار ألف ومائتان أوقية، وقال أبو سعيد الخدري: ملء مسك ثور ذهباً، وروى أن عمر بن الخطاب أراد أن يجعل حداً للمغالاة في المهور فاعترضته امرأة بهذه الآية فقال: (أصابت امرأة وأخطأ عمر فرجع)[5].

والمستحب عدم المغالاة في المهور لما روى عن عائشة عن النبي (ﷺ) أنه قال (أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة)[6]،[7] وقال عمر بن الخطاب: (ألا لا تغلوا صداق النساء لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله (ﷺ). ما أصدق رسول الله امرأة من نسائه ولا أصدقت امرأة

---

(١) تبيين الحقائق (٢/ ١٤٥) مع حاشية الشلبي والفتاوى الهندية (١/ ٣٠٢) والبحر الرائق (٣/ ١٦٨) وبداية المجتهد (٢/ ١٩) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٨٠) والمقنع (٣/ ٧٤).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المغني (٧/ ١٣٩) والمهذب (٢/ ٥٦).

(٤) المهذب (٢/ ٥٥) ومغني المحتاج (٣/ ٢٢٠) وبداية المجتهد (٢/ ١٦) والمغني (٧/ ١٣٨).

(٥) السنن الكبرى (٧/ ٢٣٣).

(٦) السنن الكبرى (٧/ ٢٣٥).

(٧) المهذب (٢/ ٥٥) والمغني (٧/ ١٣٨) والشرح الصغير (٢/ ٩٥).

من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية، وإن الرجل ليغلي بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه[1]. أخرجه النسائي.

واختلف الفقهاء في أقل المهر: فلهب الشافعية والحنابلة[2] إلى أنه لا حدَّ لأقلّه فكل ما يتمول يصح أن يكون صداقاً، فإن عقد بما لا يتمول ولا يقابل بمتمول فَسَدَتِ التسمية ووجب مهر المثل كأن يكون المهر نواة أو حصاة أو قشرة بصلة، أو حبة قمح... إلخ.

واستدلوا: بأن النبي (ﷺ) قال للذي زوجه: هل عندك من شيء تصدقها؟ قال: لا أجد. قال: (التمس ولو خاتماً من حديد)[3].

وبما روى ان أمرأة من فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله: «أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟»، قالت: نعم! فأجازه[4].

وبما روى عن جابر أن رسول الله (ﷺ) قال: «لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقاً ملء يده طعاماً كانت له حلالاً»[5].

وذهب الحنفية والمالكية[6] إلى أن أقلّة ما تقطع به يد السارق، وهو عند الحنفية عشرة دراهم، وعند المالكية ربع دينار أو ثلاثة دراهم، لأن هذا حدُّ القلّة في الأموال في نظر الشارع فلا يقطع السارق فيما هو دون ذلك.

واستدل الحنفية أيضاً بقوله (ﷺ) «لا مهر أقل من عشرة دراهم»[7] فإذا سمى أقل من عشرة دراهم وجب أن يدفع عشرة دراهم عند الحنفية، لأن الراضية بما دون العشرة ترضى بالعشرة من باب أولى.

وقال زفر: يجب أن يصار إلى مهر المثل لأنه عند ترك التسمية يصار إلى مهر المثل[8]. وإذا كان المهر المسمى من غير الدراهم وقيمته أقل من عشرة دراهم يرفع إلى ما قيمته عشرة دراهم عند الحنفية، ويجب مهر المثل عند زفر، والعبرة بالقيمة وقت العقد لا وقت القبض.

وجاء في المادة [٤٤] ما يفيد أن القانون أخذ برأي الجمهور في عدم تحديد حد أدنى للمهر حيث نصت على أن المهر مهران: مهر مسمى وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلاً كان أو كثيراً، ومهر المثل وهو مهر الزوجة وأقرانها... الخ.

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٢٣٤) وأبو داود (٣/ ٥٨٣) والنسائي (٦/ ١١٧) والترمذي (٤/ ٢٥٥).
(٢) تبيين الحقائق (٢/ ١٣٦) ومغني المحتاج (٣/ ٢٢٠) والمهذب (٢/ ٥٥) والمغني (٧/ ١٣٧) وبداية المجتهد (٢/ ١٧) والشرح الصغير (٢/ ٨٠).
(٣) السنن الكبرى (٧/ ١٤٤) وسنن أبي داود (٢/ ٥٨٦) وسنن النسائي (٦/ ١٢٣) وسنن الترمذي (٤/ ٢٥٤).
(٤) السنن الكبرى (٧/ ١٣٨) وسنن الترمذي (٤/ ٢٥٠).
(٥) السنن الكبرى (٧/ ٢٣٨).
(٦) الشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٨٠، ٨٩) وتبيين الحقائق (٢/ ١٣٦) والفتاوى الهندية (١/ ٣٠٢) والمغني (٧/ ١٣٧) والبحر الرائق (٣/ ١٥٢) وبداية المجتهد (٢/ ١٧) والشرح الكبير (٢/ ٣٠٢).
(٧) السنن الكبرى (٧/ ٢٤٠).
(٨) الفتاوى الهندية (١/ ٣٠٣).

تعجيل المهر وتأجيله :

يجوز أن يكون الصداق معجلاً ومؤجلاً وبعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً إلى أجل قريب أو بعيد، ويجوز أن يقسط المهر على أقساط باتفاق الزوجين، لأنه عوض في عقد معاوضة فجاز فيه ذلك كالثمن في البيع.

وإذا اتفق الزوجان على مهر ولم يذكرا تأجيله أو تعجيله كان الحكم لعرف بلدهما عند الحنفية[1] فاذا كان العرف جارياً بتعجيل كل المهر كان المهر معجلاً، وإن كان جارياً بتأجيله كان مؤجلاً، وان كان جارياً بتعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر كان كذلك، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وذهب الحنابلة والمالكية[2] إلى أن المهر يكون معجلاً، كالثمن في البيع إذا لم يذكر تعجيله أو تأجيله كان معجلاً.

وان شرط المهر إلى أجل معلوم كسنة فهو إلى أجله، فإذا توفي الزوج قبل حلول الأجل أصبح حالاً، وأما إذا حصل طلاق قبل حلول الأجل فيبقى المهر إلى أجله. وإن أجّله ولم يذكر للأجل مدة فذهب بعض الحنفية[3] إلى أنه يبطل الأجل، ويكون المهر حالاً.

وذهب أحمد وبعض الحنفية[4] إلى أن المهر صحيح ومحله الفرقة بالموت أو الطلاق، وذلك لأن المطلق يحمل على العرف، والعادة في الصداق المؤجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة فحمل عليه، فيصير حينئذ معلوماً بذلك.

وذهب الشافعية وبعض الحنابلة[5] إلى أن المهر يفسد بذلك، ولها مهر المثل، لأنه عوض مجهول المحل فيفسد كالثمن في البيع.

وذهب المالكية[6] إلى أنه إن ذكر أن المهر مؤجل ولم يقيد الأجل بمدة فسد الصداق، وفسخ العقد قبل الدخول، ووجب مهر المثل بعد الدخول ولم يفسخ العقد، هذا إذا لم يجري عرف بأن المؤجل عند الطلاق يدفع في زمن معين، فإن كان عرف فهو إلى الزمن الذي يعينه العرف، وأما إذا كان في مدة الأجل جهالة فاحشة كقدوم زيد أو مجيء المطر أو إلى الميسرة فإن التسمية تبطل ولها مهر مثلها عند بعض الفقهاء، وقال بعضهم يبطل الأجل ويكون المهر حالاً[7].

---

(١) تبيين الحقائق (٢/ ١٥٥) وعقد الزواج وآثاره (ص٢٣٣) والأحوال الشخصية للشيخ محمد محيى الدين (ص١٤٠) والبحر الرائق (٣/ ١٩١).

(٢) المغني (٧/ ١٤٩) والشرح الكبير (٢/ ٢٩٦، ٣٠٤).

(٣) الفتاوى الهندية (١/ ٣١٨) والمقنع (٣/ ٧٧) والمغني (٧/ ١٤٩) وحاشية الشلبي مع تبيين الحقائق (٢/ ١٥٦) والبحر الرائق (٣/ ١٩٠ وما بعدها).

(٤) المراجع السابقة.

(٥) المغني (٧/ ١٤٩).

(٦) بداية المجتهد (٢/ ٢٠) وجواهر الاكليل (١/ ٣٠٦) والشرح الكبير (٢/ ٢٩٧و ٣٠٤) وبلغة السالك (٢/ ٨٢ و ٩٠).

(٧) المغني (٧/ ١٥٠).

وقال المالكية[1] إذا جعل المهر إلى الميسرة أي: تيسر الدنانير فإن كان الزوج مليئاً بعقار أو عروض تجارة أو غيرها جاز وإلا فلا يجوز لزيادة الغرر ويفسخ العقد قبل الدخول، ولها مهر المثل بعد الدخول ولا يفسخ العقد.

ونصت المادة [٤٦] على أنه: إذا عينت مدة للمهر المؤجل فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل، ولو وقع الطلاق، أما إذا توفي الزوج فيسقط الأجل، ويشترط في الأجل أنه إذا كان مجهولاً جهالة فاحشة مثل: إلى الميسرة أو إلى حين الطلب أو إلى حين الزفاف فالأجل غير صحيح ويكون المهر معجلاً، وإذا لم يكن الأجل معيناً اعتبر المهر مؤجلاً إلى وقوع الطلاق أو وفاة أحد الزوجين.

ومما سبق يتبين الرأي الفقهي الذي أخذ به القانون.

ولنا على صياغة المادة [٤٦] مأخذ اذ كان من الأولى أن تكون على النحو التالي: إذا عينت مدة للمهر المؤجل فليس للزوجة المطالبة به قبل حلول الأجل ولو وقع الطلاق، أما إذا توفي الزوج فيسقط الأجل، وإذا كان الأجل مجهولاً جهالة فاحشة مثل إلى الميسرة أو الى حين. . . الخ أو أن تكون على النحو التالي: ويشترط في الأجل ألا يكون مجهولاً جهالة فاحشة مثل: إلى الميسرة أو إلى حين الطلب أو إلى حين الزفاف وإلا كان الأجل غير صحيح وكان المهر معجلاً.

امتناع الزوجة من تسليم نفسها للزوج حتى تقبض المهر:

إذا كان المهر معجلاً فلها أن تمنع نفسها من الزوج حتى تتسلم صداقها عند جمهور الفقهاء[2]، فتسلم نفسها ويسلمها المهر في آن واحد كالبيع. وإن كان المهر معجلاً فسلمت نفسها إليه أي: مكّنته من نفسها، فهل لها أن تمتنع من التسليم بعد ذلك حتى يدفع المعجل ؟.

ذهب المالكية والشافعية وصاحبا أبي حنيفة وجماعة من الحنابلة إلى أنه ليس لها منع نفسها منه[3] وإن كان الصداق مؤجلاً فليس لها منع نفسها قبل قبضه، لأن رضاها بتأجيله رضىً بتسليم نفسها قبل قبضه كالثمن المؤجل في البيع.

وإذا حلّ المؤجل قبل أن تسلم نفسها فليس لها منع نفسها أيضاً لأن التسليم وجب عليها، واستقر قبل قبضه، وقال المالكية: لها منع نفسها منه حتى يسلمها المهر المؤجل إذا حل قبل الدخول.

وإن كان بعض الصداق مؤجلاً وبعضه معجلاً فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل[4] وجاء

---

(١) جواهر الاكليل (١/ ٣١٦) والشرح الكبير (٢/ ٢٩٧) وبلغة السالك (٢/ ٨٢و ٩٠) والشرح الصغير (٢/ ٨٣) والخرشي (٣/ ٢٥٧).

(٢) الخرشي (٣/ ٢٥٧) والمقنع (٣/ ٩٧) والمنهاج (٣/ ٢٧٧) والمغني (٧/ ١٩١) والفتاوى الهندية (١/ ٣١٨) وتبين الحقائق (٢/ ١٥٥) وحاشية الشلبي (٢/ ١٥٥) والهداية (٢/ ٢١١) ومغني المحتاج (٢/ ٢٢٢) وجواهر الاكليل (١/ ٣٠٧) والشرح الكبير (٢/ ٢٩٧) والشرح الصغير (٢/ ٨٤) وبلغة السالك (٢/ ٤٤).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المراجع السابقة.

في المادة [٤٧]: إذا تسلمت الزوجة المهر المعجل وتوابعه أو رضيت بتأجيل المهر أو التوابع أو بعضه إلى أجل معين فليس لها حق الامتناع عن الطاعة ولا يمنعها ذلك من المطالبة بحقها.

أنواع المهر:

المهر نوعان: مهر مسمى، ومهر المثل.

١- المهر المسمى:

يجب المهر المسمى إذا كانت التسمية صحيحة في العقد وذلك في الحالات التالية:

أ- أن يكون مالاً متقوماً له نصف يتمول، فإذا كان المهر خمراً أو خنزيراً لم يجب المسمى لأنه ليس بمال. وإذا كان غير متقوم كحبة حنطة لم يجب المسمى، ولا يلزم أن يكون المهر من النقود فيصح من غير النقود[١].

ب- أن يكون معلوماً لا جهالة فيه، وتغتفر الجهالة اليسيرة عند الجمهور[٢] وذلك كأن يجعل المهر شاة أو بقرة من غير أن يعيّنها، فلها الوسط من الجنس المذكور، لأن الجهالة هنا كالجهالة في مهر المثل الذي يقدر بمهر نساء قومها. ولما كان مهر المثل جائزاً كانت هذه التسمية صحيحة، ولأن عقد النكاح مبني على المكارمة لا على المشاحة كما هو الشأن في البيع فاغتفرت الجهالة اليسيرة فيه، أما اذا كانت الجهالة فاحشة كجعل المهر دابة وجعل المهر ألف دينار من غير تمييز أو هذه السيارة فلا تصح التسمية ولها مهر المثل.

وذهب الشافعي[٣] إلى عدم صحة المهر المسمى اذا كان فيه جهالة ولو يسيرة.

وإذا اشترى منها شيئاً فدفع إليها ألفي درهم عن الصداق وعن ثمن ذلك الشيء من غير بيان لمقدار الصداق أو الثمن.

فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

فقال الحنفية وبعض المالكية بجوازه، وقال مالك: بعدم الجواز، واختلف فيه القول عن الشافعي: فمرة أجازه، ومرة قال فيه مهر المثل[٤].

---

(١) المغني (٧/ ١٤٣و١٥٠) والمهذب (٢/ ٥٦) والفتاوى الهندية (١/ ٣٠٢) والبحر الرائق (٣/ ١٧٦) وبداية المجتهد (٢/ ٣٤) والشرح الكبير (٢/ ٣٠٣) وبلغة السالك (٢/ ٨٩).

(٢) الفتاوى الهندية (٢/ ٣٠٩) والمغني (٧/ ١٤٧) والمهذب (٢/ ٥٦) والنهاية (١/ ٢٠٩) والبحر الرائق (٣/ ١٧٤و١٧٥) وبداية المجتهد (٢/ ١٩) وجواهر الاكليل (١/ ٣٠٦) والشرح الكبير (٢/ ٢٩٤و ٢٩٦) وبلغة السالك (٢/ ٨٢) والخرشي (٣/ ٢٥٥).

(٣) المهذب (٢/ ٥٦) والمغني (٧/ ١٤٧) وبداية المجتهد (٢/ ١٩).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٢٤).

ج- ألا تقل التسمية عن عشرة دراهم عند الحنفية، وعن ربع دينار أو ثلاثة دراهم عند المالكية، وأن يكون مالاً متمولاً عند الجمهور، وقد سبق بيان ذلك في تحديد مقدار أقل المهر.

د- وإذا كان المهر منفعة معينة من المنافع فالشرط عند الحنفية ألا تكون منافع الحُرّ أو منفعة تعتبر من القُرَبِ كتعليم القرآن، لأنه لا يجوز أخذ الأجرة على القُربة.

أما الجمهور فيجيزون كون المهر منفعة الحر وإن كانت منفعة الزوج وأجاز الشافعية وبعض الحنابلة أن يكون المهر تعليم القرآن، ومنع ذلك الحنفية وبعض الحنابلة وبعض المالكية[1].

اقتران المهر المسمى بشرط فيه منفعة:

إذا اقترن المهر المسمى بشرط فيه منفعة معلومة للزوجة أو لذي رحم محرم منها وجب على الزوج الوفاء بالمنفعة المشروطة مع المال المسمى إذا كانت المنفعة مباحة، وأما إذا كانت غير مباحة فاشتراطها لغو، وإذا لم يف بالمنفعة وجب لها مهر المثل شريطة ألا يقل عن المسمى، فإن كان المسمى قدر مهر المثل أو أكثر منه فليس لها إلا المسمى.

وإذا تزوج امرأة على ألف على ألا يخرجها من بلدها أو على ألا يتزوج عليها أخرى، فإن لم يف بالشرط فلها مهر مثلها إن كان أكثر من المسمى عند الحنفية، وذهب الحنابلة إلى أنه إن لم يف بالشرط يفسخ النكاح لقوله (ﷺ) «أحق الشروط ما استحللتم به الفروج».

وإذا تزوج امرأة على ألف دينار وخمسة خنازير فلها المسمى فقط إذا كان أكثر من عشرة دراهم عند الحنفية[2]، وقال المالكية: لها في هذه الصورة الأكثر من المسمى الحلال وصداق المثل ولا ينظر إلى ما صاحب الحلال من الخمر أو الخنزير[3].

وذهب زفر[4] إلى أن المنفعة الواجب الوفاء بها هي التي يمكن أن تُقَوم بمال في العقد، وعلى ذلك فاشتراط طلاق الضّرَّة لا يجب الوفاء به، لأنه منفعة لا تقوَّم بمال، فإن كانت منفعة مقومة بمال كالهدية ولم يف بها يكمل لها مهر مثلها.

وإذا اشترط في المهر أن يتزوجها بألف إن أقام بها في البلد وبألفين إن سافر بها، أو بألف إن لم يتزوج عليها وبألفين إن تزوج عليها، فإن أقام بها أو لم يتزوج عليها فلها الألف وإن سافر بها أو تزوج عليها فلها مهر المثل على ألا يزيد على الألفين ولا ينقص عن الألف عند أبي حنيفة، وقال أحمد بن حنبل وأبو يوسف ومحمد إن لم يف بالشرط فلها الألفان، وقال الشافعي وزفر: الشرط فاسد ولها مهر

---

(١) الفتاوى الهندية (١/٣٠٢) والهداية (١/٢٠٧) والمهذب (٢/٥٦) وتبيين الحقائق (٢/١٤٥) وحاشية الدسوقي (٢/٣٠٩) والمغني (٧/١٤٠).

(٢) فيما سبق انظر: الهداية (١/٢٠٨) وتبيين الحقائق (٢/١٤٨) مع حاشية الشلبي، والبحر الرائق (٣/١٧١و١٧٢و ١٧٨) والفتاوي الهندية (١/٣٠٧).

(٣) الشرح الكبير (٢/٣٠٨).

(٤) تبيين الحقائق (٢/١٤٩).

المثل[1].

وذهب المالكية[2] إلى أن المشروط لا يلزم الزوج ويستحب له الوفاء به ولا تلزمه الألف الثانية إن خالف بأن تزوج عليها أو سافر بها، أما إذا عقد العقد على ألفين ثم اسقطت عنه ألفاً شريطة ألا يتزوج عليها أولا يخرجها من بلدها وجب عليه الوفاء بالشرط، لأنه في مقابل مهر تقرر.

وإذا تزوجها بألف على أنه إن كانت في عصمته زوجة أخرى فالمهر ألفان، فسخ العقد قبل الدخول ولها صداق المثل بعد الدخول ولا يفسخ العقد، وذلك لأن العقد فيه غرر كان يمكن لكل واحد من الزوجين رفعه بأن يخبرها الزوج بأنه متزوج أو أن تبحث هي، والغرر في صلب العقد هنا بخلاف قولها المهر ألف إن أقام بها وألفان إن سافر بها، فالغرر في القدر الزائد على الألف وقع في المستقبل أي بعد العقد وفي المسألة السابقة وقع الخلل في صلب العقد فافترقا.

وإذا اقترنت التسمية باشتراط منفعة للزوج وذلك كأن يتزوجها على ألفين إن كانت متعلمة أو جميلة أو بكراً أو سافرت معه، وعلى ألف إن لم تكن أو ترض بذلك، فلها المسمى إن ثبت الوصف المرغوب فيه، وإلا فلها مهر المثل على ألا يزيد عن المسمى لأنه ما رضى بالمسمى إلا على أساس ذلك الوصف المرغوب فيه[3].

وإذا تزوجها على خمر أو مال مغصوب صح النكاح، ووجب مهر المثل بعد الدخول في قول أكثر أهل العلم[4].

٢- مهر المثل:

وهو مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد، والمعتبر عند الفقهاء امرأة تماثل الزوجة في الصفات التي تُرغَّب في نكاحها من أسرة أبي الزوجة، فإن لم يكن في أسرة أبيها من تماثلها من النساء فيعتبر مهر امرأة تماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها عند الحنفية، وذهب الشافعية الى إعتبار مهر من تنسب إليه الزوجة، فيعتبر مهر أختها من الأبوين إن كانت تماثلها في الصفات التي يرغب في النكاح لأجلها، فإن لم تماثلها في الصفات، فمهر أختها من أبيها، فإن لم تماثلها في الصفات فبنات الأخ لأبوين ثم بنات الأخ لأب ثم العمات وهكذا على ترتيب العصبات، فإن لم يماثلها أحد أو جهل مهرهن أو لم ينكحن فيعتبر من أرحام لها كجدات وخالات عند الشافعية، فإن فقدن فمهر امرأة أجنبية تماثلها من بلدها ثم أقرب بلد إليها، ويعتبر مهر امرأة تماثلها من أسرة تماثل أسرة أبيها عند الحنفية، وقالوا: يعتبر حال الزوج أيضاً.

وذهب الإمام مالك إلى اعتبار مهر المثل بامرأة تماثلها في الصفات من غير نظر إلى أقارب الأب أو الأرحام.

---

(١) الهداية (١/ ٢٠٨) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤٨) والفتاوى الهندية (١/ ٣٠٨) والبحر الرائق (٣/ ١٧٣) والمقنع (٢/ ٧٧) وبداية المجتهد (٢/ ٢٦).

(٢) الشرح الكبير (٢/ ٣٠٦و ٣٠٧) والخرشي (٣/ ٢٦٦و ٢٦٧) وحاشية العدوي (٣/ ٢٦٦).

(٣) الفتاوى الهندية (١/ ٣٠٨) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤٩) والطحطاوي (٢/ ٥٧) والدر المختار (٣/ ٣٤٦).

(٤) المقنع (٣/ ٧٨).

والمماثلة المعتبرة في: السن، والجمال، والعقل، والعفة، والبكارة، والثيوبة، واليسار، والفصاحة، والعلم، والشرف، وكونها ذات ولد او ليست كذلك[1]. وذلك لما روي أن عبد الله بن مسعود قضي لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات فقال: لها صداق نسائها لا وكسَ ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضي رسول الله (ﷺ) في بروع بنت واشق مثل ما قضيت[2].

ويجب مهر المثل حالاً لأنه بدل متلف إلا إذا كانت عادة نسائها تأجيل المهر كله أو بعضه فيتبع العرف.

وقد جاء في المادة [٤٤] ما نصه: (المهر مهران: مهر مسمى: وهو الذي يسميه الطرفان حين العقد قليلاً كان أو كثيراً، ومهر المثل: وهو مهر مثل الزوجة وأقرانها من أقارب أبيها وإذا لم يوجد لها أمثال من قبل أبيها فمن مثيلاتها وأقرانها من أهل بلدتها) ويلاحظ أن صياغة هذه المادة ليست صياغة فنية كما يعهد في المواد القانونية.

متى يجب مهر المثل:

يجب مهر المثل في الحالات التالية:

١- إذا استوفى العقد أركانه وشروطه، وخلا من تسمية المهر، أو اتفق الزوجان على أن لا مهر لها ودخل الزوج بالزوجة أو اختلى بها خلوة صحيحة، ففي هذه الحالة يجب مهر المثل لأن الوطء في النكاح من غير مهر خالص لرسول الله (ﷺ)[3].

٢- إذا فوضت أمرها بأن تزوجت وسكتت عن المهر أو على أن لا مهر لها، ولم يدخل بها الزوج فإن حصل طلاق قبل ذلك فلها المتعة وليس لها من المهر شيء، وذلك لقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، ولأن الله سبحانه أوجب للمطلقة قبل الدخول نصف المهر المسمى ولم يوجبه لغيرها قال تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فأثبت لكل قسم من النساء حكما فدل على اختصاص كل قسم بحكمه.

وإن لم يطلقها فلها أن تطالب بفرض مهر لها فإن تراضيا على تسمية مهر لها يتأكد جميعه إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة عند أبي حنيفة ومحمد، لأن هذا الفرض تعيين

---

(١) انظر فيما سبق: الشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٩٩) والخرشي (٣/ ٢٧٧) والمقنع (٣/ ٩٤) والمنهاج (٣/ ٢٨٤) ومغني المحتاج (٣/ ٢٣٣) وتبيين الحقائق (٢/ ١٥٤) والهداية (١/ ٢١١) والمهذب (٢/ ٦٠) والمغني (٧/ ١٧٦) والبحر الرائق (٣/ ١٨٥) وبداية المجتهد (٢/ ٢٦) وجواهر الاكليل (١/ ٣١٥) والشرح االكبير (٢/ ٣١٦).

(٢) المصنف (٦/ ٢٩٤).

(٣) المهذب (٢/ ٦٠) والهداية (١/ ٢٠٥).

للواجب بالعقد، وهو مهر المثل وهو لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته -وهو المهر الذي تراضيا عليه- لا يتنصف.

وذهب الشافعية وأبو يوسف إلى أن لها نصف المفروض لأنه مسمى فيتنصف، وهذا تفريع على اصل مختلف فيه بينهم وهو هل يجب للمفوضة التي لم يسم لها مهر، مهر بالعقد ؟.

فذهب الشافعية في قول لهم إلى أنه لا مهر لها، لأنه لو وجب لها المهر بالعقد لتنصف بالطلاق قبل الدخول.

وذهب الحنفية والحنابلة والشافعية في قول ثان إلى أنه يجب لها مهر المثل، ويتأكد بالدخول أو الموت، ويسقط إلى المتعة بالطلاق قبل الدخول، وذلك لأنه لو لم يجب لها مهر المثل لما استقر هذا المهر بالدخول[(١)].

٣- إذا خلا العقد من تسمية المهر أو اتفق الزوجان على ألا مهر للزوجة ومات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول فقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن لها مهر المثل وهو قول للشافعية وذلك لما روي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال في امرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات: أقول فيها برأيي لها صداق نسائها وعليها العدة ولها الميراث، فقال معقل بن سنان الأشجعي: قضى رسول الله (ﷺ) في تزويج بروع بنت واشق بمثل ما قضيت ففرح بذلك ابن مسعود[(٢)].

ولأن الموت معنى يستقر به المسمى فاستقر به مهر المفوضة كالوطء.

وذهب الشافعية في قول آخر والمالكية إلى أنه لا مهر لها، لأنها مفوضة فارقت زوجها قبل الفرض والمسيس فلم يجب لها المهر كما لو طلقت قبل المسيس، ولأن الصداق عوض عن الانتفاع بالبضع، فلما فات الانتفاع به؛ فات بدله وهو المهر[(٣)].

٤- إذا سمي في العقد مهراً وكان أقل من عشرة دراهم فلها المسمى عند الجمهور لأنه يصح بكل ما يتمول، ويكمل المهر إلى عشرة دراهم عند الحنفية، ولها مهر المثل عند زفر، لأن تسمية ما لا يصلح مهراً كانعدام التسمية، والتي لم يسم لها مهر لها مهر المثل[(٤)].

٥- إذا سمى في العقد مهراً وكانت التسمية فاسدة كالخمر والخنزير، أو كان فيه جهالة -على ما بينا رأى الفقهاء في الجهالة التي تفسد تسمية المهر- فلها مهر المثل.

---

(١) انظر: مغني المحتاج (٣/ ٢٢٩و ٢٣١) والمهذب (٢/ ٦٠) والهداية (١/ ٢٠٥) والمغني (٧/ ١٧٤) وتبيين الحقائق (٢/ ١٣٩) وبداية المجتهد (٢/ ٢٣) والمقنع (٣/ ٩٢) والمنهاج (٣/ ٢٨٣) والبحر الرائق (٣/ ١٥٩).

(٢) أخرجه الترمذي في «سننه» (٤/ ٢٩٩).

(٣) المهذب (٢/ ٦٠) والمغني (٧/ ١٧٥) والهداية (١/ ٢٠٥) والبحر الرائق (٣/ ١٥٦) وبداية المجتهد (٢/ ٢٤) والشرح الكبير (٢/ ٣٠١) وبلغة السالك مع الشرح الصغير (٢/ ٩٧) والخرشي ٣/ ٢٧٤.

(٤) الهداية (١/ ٢٠٤) وتبيين الحقائق (٢/ ١٣٨) والبحر الرائق (٣/ ١٥٤).

٦- إذا زوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضاً عن الآخر وهو ما يسمى بنكاح الشُغار، وقد اختلف الفقهاء في صحة هذا العقد على رأيين:

الرأي الأول: العقدان جائزان ولكل واحدة منهما مهر مثلها وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة؛ إذ الفساد وقع في تسمية المهر بأن جعل كل واحدة منهما مهراً للأخرى، واذا فسد المهر للتسمية الفاسدة وجب مهر المثل وصح العقد.

الرأي الثاني: العقدان باطلان، وهذا مذهب الشافعي ومالك، وذلك لأنه جعل نصف البضع صداقاً والنصف منكوحة، ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الإيجاب، وقد نهى رسول الله (ﷺ) عن نكاح الشغار، وحمل النهي على البطلان[١]،[٢].

وأما إذا قال أحدهما للآخر: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك وقَبِل الآخر ولم يجعلا البضع صداقاً فالأصح عند الشافعية أن العقد صحيح[٣].

٧- إذا سمى المهر وجعله تعليم القرآن أو قُرْبَة من القرب أو جعله خدمة الزوج أو الحُرّ للزوجة، فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن التسمية باطلة ولها مهر المثل، وذهب الجمهور إلى أن لها ما سمي لها.

وذهب محمد بن الحسن إلى أن لها قيمة ذلك إن كان له قيمة مالية، فلو تزوجها على خدمته لها مدة سنة فلها قيمة خدمته سنة لأن المسمى مال إلا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة، ولها مهر المثل عنده إذا كان المهر لا يتقوم بمال[٤].

٨- إذا سمى لها مهراً وكان مقترناً بشرط كأن يتزوجها بألف على ألا يخرجها من بلدها، أو سمى لها مهرين مشروطين كقوله بألفين إن سافرت بك وبألف أن أقمت بك، فقد ذهب الحنفية إلى أن لها ما سمى لها إن وفىّ بالشرط، فإن لم يَفِ به فلها مهر المثل شريطة ألا يقل عن المسمى.

وذهب الحنابلة إلى أنه إن لم يَفِ بالشرط يفسخ النكاح، وذهب زفر إلى أن التسمية المترددة بين مهرين فاسدة ولها مهر المثل.

وذهب الشافعية إلى فساد التسمية في الصورتين ولها مهر المثل[٥].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٤٩) وجواهر الاكليل (١/ ٢٨٤) والشرح الكبير (٢/ ٣٠٧) والمقنع (٣/ ٤٦) والمنهاج (٣/ ٢١٨) والهداية (١/ ٢٠٦) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤٥) والفتاوى الهندية (١/ ٣٠٣) وروضة الطالبين (٧/ ٤١) والبحر الرائق (٣/ ١٥٧و ١٦٧و ١٧٦).

(٢) سنن الدرامي (٢/ ١٣٧) والسنن الكبرى (٧/ ١٩٩) والنسائي (٦/ ١١١) والترمذي (٤/ ٢٧١) وأبو داود (٢/ ٥٦٠).

(٣) روضة الطالبين (٧/ ٤١) وفتح الوهاب (٢/ ٣٤).

(٤) الهداية (١/ ٢٠٧) وتبين الحقائق (٢/ ١٤٥) والفتاوى الهندية (١/ ٣٠٢) والبحر الرائق (٣/ ١٦٧و١٦٨).

(٥) الهداية (١/ ١٠٨) والمهذب (٢/ ٥٧) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤٩) والفتاوى الهندية (١/ ٣٠٨) ومغني المحتاج ٣/ ٢٢٦.

٩- إذا كان عقد النكاح فاسداً وسمى لها مهراً تسمية صحيحة، ودخل بها فلها الأقل من مهر المثل أو المسمى عند الحنفية، وقال زفر: يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، لأن العقد الفاسد لا يترتب عليه بذاته شيء، فتكون التسمية فاسدة، وإذا فسدت التسمية وجب مهر المثل، وذهب الشافعية إلى أن لها مهر المثل لقوله (ﷺ): «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها».

وقد نصت المادتان [٥٤، ٥٦] على الحالات التي يجب فيها مهر المثل، فجاء في المادة [٥٤]: إذا لم يسم المهر في العقد الصحيح أو تزوجها على أنه لا مهر لها ثم سمى المهر وكانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل.

ونصت المادة [٥٦] على أنه: إذا وقع الافتراق بعد الدخول في العقد الفاسد ينظر: فإن كان المهر قد سمي يلزم الأقل من المهرين المسمى والمثل، وإن كان المهر لم يسم أو كانت التسمية فاسدة يلزم مهر المثل بالغاً ما بلغ، أما إذا وقع الافتراق قبل الدخول فلا يلزم المهر أصلاً.

ومن نص المادتين السابقتين يتضح الرأي الفقهي الذي أخذ به القانون على ضوء ما بيناه، وقد وضع القانون المادة [٥٦] تحت عنوان «وجوب المتعة».

ويلاحظ أن هذه المادة لا تتعلق بوجوب المتعة، وإنما بمهر المثل، فكان الأولى وضعها تحت عنوان «لزوم مهر المثل».

متى يجب نصف المهر ؟:

يجب نصف المهر في الحالات التالية:

أ- إذا حصلت فرقة بين الزوجين بطلاق أو مخالعة ولو باختيارها -كأن فوض الطلاق إليها فطلقت نفسها، أو علقه بفعلها ففعلت- قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، وكان قد سمى للزوجة في العقد مهراً وكانت التسمية صحيحة، وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧][١].

ب - إذا حصلت فرقة بين الزوجين بسبب من الزوج قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، وذلك بأن:

-يرتد الزوج عن الإسلام.

-أو أن تسلم الزوجة التي تحت الكافر، ويأبى الزوج الإسلام[٢].

---

١) المهذب (٢/٥٨) ومغني المحتاج (٣/٢٣١و٢٣٤) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ١٠٠) والمقنع (٣/٨٦) والهداية (١/ ٢٠٤) والبحر الرائق (٣/ ١٥٤) وبداية المجتهد (٢/ ٢١).

٢) إذا أسلمت الزوجة المشركة قبل الدخول ولم يسلم زوجها لم يجب لها أي شيء من المهر عند الشافعية والمالكية وأحمد في المشهور من مذهبه، لأن الفرقة من جهتها أشبه ما لو ارتدت، وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية عنه إلى أن لها نصف المهر المسمى، لأن الفرقة حصلت من قبله بامتناعه عن الاسلام وهي فعلت مافرض الله عليها؛ انظر: المقنع (٣/ ٦٣).

- أو أن يفعل الزوج ما يوجب حرمة المصاهرة فتحرم عليه زوجته بسبب فعله كإرضاع أمه لها أو أمها له وهو صغير أو مسه لأم زوجته بشهوة.

- أو أن تحصل الفرقة بسبب ايلاء الزوج من زوجته.

والإيلاء: أن يحلف بالله ألاّ يجامع زوجته مدة أربعة أشهر فأكثر، فإن انتهت الأربعة أشهر ولم يفء الزوج لزوجته فرق بين الزوجين، وإن فاء قبل مضي المدة لم يفرق بينهما.

- أو أن تحصل الفرقة بسبب الملاعنة بين الزوجين.

واللعان: إذا قذف الزوج زوجته بالزنا ولا بينة له على ذلك فيحلف أربعة أيمان بالله إنه من الصادقين فيما رماها به من الزنا، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويدرأ عنها العذاب أن تحلف أربع أيمان بالله أنه من الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فإذا حلفا الأيمان فرق بينهما.

- أو بحصول الفرقة بسبب العنّة وذلك بأن تدعي الزوجة عنّة الزوج، ويثبت ذلك للقاضي فيحكم بالفرقة بينهما للعنّة.

ففي الأحوال السابقة لا يجب إلا نصف المهر المسمى، لأنها فرقة حصلت بسبب من جهة الزوج فاشبهت الطلاق فيجب عليه نصف المهر فقط.

والفرقة بسبب الطلاق، والمخالعة، والإيلاء، واللعان، والعنّة؛ طلاق عند الحنفية، والفرقة بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام أو إبائه عند إسلام الزوجة أو بفعل ما يوجب حرمة المصاهرة فسخ[1]،[2]،[3].

وقد نصت المادة [٤٨] على حالة وجوب نصف المهر المسمى اذا حصل طلاق بين الزوجين حيث

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٢٣٤) والمهذب (٢/ ٥٨) والهداية (١/ ٢٢) والفتاوى الهندية (١/ ٣٣٨) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤٠) والمغني (٧/ ٢٠٥) والاحوال الشخصية لمحمد محيى الدين (ص١٥٤) والبحر الرائق (٣/ ١٢٩و١٣٠) وبداية المجتهد (٢/ ٢١) والمقنع (٣/ ٦٣و ٦٨).

(٢) الفرق بين الفسخ والطلاق:

أ - بالطلاق تنقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فإذا تزوجها ثانية رجعت إليه بما بقي له عليها من عدد الطلقات، وبالفسخ لاتنقص عدد الطلقات التي يملكها على زوجته بسبب هذه الفرقة.

ب- الفرقة التي هي فسخ لايستطيع الزوج بعدها الرجوع إلى زوجته إلا بعقد جديد، أما الطلاق فإن كان رجعيا فإنه يرجع لزوجته بدون رضاها.

ج-المعتدة من فرقة بما يوجب حرمة مؤبدة كالتقبيل بشهوة والرضاع لا يلحقها الطلاق وإن كانت في العدة، وأما من طلاق أو فرقة غير التي سبق ذكرها فلا خلاف في أنه يلحقها الطلاق مادامت في العدة، انظر: البحر الرائق (٣/ ١٢٩) ومنحه الخالق على البحر الرائق (٣/ ١٢٩).

(٣) الفرقة بسبب اللعان يجب بها نصف المهر إن حصلت قبل الدخول عند الحنفية ورواية عن أحمد لأنها من قبل الزوج، وذهب أحمد في الرواية الثانية إلا أنه يسقط بها جميع المهر، لأن الفسخ من قبلها، لأنه إنما يحصل بتمام لعانها، انظر: المقنع (٣/ ٨٧).

جاء فيها: اما اذا وقع الطلاق قبل الوطء والخلوة الصحيحة لزم نصف المهر المسمى.

ونصت المادة [٥١] على حالات الفرقة الموجبةلنصف المهر فقط حيث جاء فيها: الفرقة التي يجب نصف المهر المسمى بوقوعها قبل الوطء حقيقة أو حكماً هي الفرقة التي جاءت من قبل الزوج سواء كانت طلاقاً أو فسخاً كالفرقة بالإيلاء واللعان والعنّة والردة وبإبائه الإسلام إذا أسلمت زوجته. وبفعله ما يوجب حرمة المصاهرة[١].

متى يسقط جميع المهر ؟

يسقط جميع المهر في الحالات التالية:

١- إذا وقعت فرقة بين الزوجين قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وكانت بسبب من جهة الزوجة كأن ترتد الزوجة عن الإسلام -والعياذ بالله- أو أن تأبى الدخول في الإسلام وقد أسلم زوجها وهي لا تدين بدين سماوي، وذلك بأن كان الزوجان وقت العقد مشركين، أو كان الزوج كتابياً والزوجة مشركة، فإذا أسلم الزوج وأبتِ الزوجة الإسلام أو الدخول في دين سماوي فرق بين الزوجين ولا مهر للزوجة لأن الفرقة بسببها[٢].

وكذلك يسقط جميع المهر إذا فعلت الزوجة مع أحد أصول الزوج أو فروعه ما يوجب حرمة المصاهرة بينها وبين زوجها كأن تفعل الزنا مع أبيه أو ابنه فتكون منكوحة أب أو ابن فتحرم على الزوج كما سبق بيانه في المحرمات بالمصاهرة وكذلك إذا حصلت الفرقة بين الزوجين بالرضاع وكان بسبب من الزوجة كأن ترضع زوجته الصغيرة فينفسخ نكاحها لأن العقد على البنات يحرم الأمهات[٣].

وإلى ما سبق أشارت المادة [٥٢] حيث نصت على أنه: يسقط المهر كله إذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة كرِدّتها أو إبائها الإسلام إذا أسلم زوجها وكانت غير كتابية أو بفعلها ما يوجب حرمة المصاهرة بفرع زوجها أو بأصله، وإن قبضت شيئاً من المهر ترده.

٢- إذا حصلت فرقة بين الزوجين قبل الدخول وكانت من جهة الزوج بسبب عيب أو علة في الزوجة فإنه يسقط جميع المهر، لأنها كالفرقة من جهتها، فكأنها هي الفاسخة للعقد[٤].

---

(١) الفرقة نوعان: نوع يحتاج إلى قضاء القاضي وهو الفرقة بالجب والعنة وخيار البلوغ وعدم الكفاءة ونقصان المهر عن المثل واللعان وإباء الزوج الإسلام، وإنما توقفت على القضاء لأنها تبني على سبب خفي. والنوع الثاني: لاتحتاج إلى قضاء القاضي وهو الفرقة بالإيلاء والردة وتباين الدراين والفرقة في النكاح الفاسد، وإنما لم تتوقف على القاضي لأنها تبني على سبب جلي. انظر: البحر الرائق (٣/ ١٣٠).

(٢) سبق بيان آراء الفقهاء فيما إذا أسلمت الزوجة المشركة ولم يسلم زوجها عند الكلام على الحالات التي يجب فيها نصف المهر.

(٣) المهذب (١/ ٥٨) ومغني المحتاج (٣/ ٢٣٤) والهداية (١/ ٢٢٠و ٢٢١) والمغني (٧/ ٢٠٥) والمقنع (٣/ ٦٨و ٨٦) والشرح الكبير (٢/ ٢٨٦).

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٢٣٤) والمهذب (٢/ ٤٨و ٥٨) والمغني (٧/ ٢٠٥) والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٢/ ٢٨٥) والمقنع (٣/ ٨٧).

وإلى هذا أشارت المادة [٥٣] حيث نصت على أنه: يسقط حق الزوجة في المهر إذا فسخ العقد بطلب من الزوج لعيب أو لعلة في الزوجة قبل الوطء، وللزوج أن يرجع عليها بما دفع من المهر.

ويلاحظ أن هذه المادة نصت على سقوط المهر ما لم يحصل دخول حقيقي، فإن حصل دخول حقيقي وجب جميع المهر، أما إذا حصلت خلوة بين الزوجين ثم فرق بينهما لعيب في الزوجة فإن المهر يسقط أيضا لأن الخلوة لا تكون صحيحة لوجود ذلك العيب الذي يمنع من الدخول الحقيقي.

وقد نصت المادة [١١٧] على العيوب التي يحق للزوج طلب فسخ الزواج بسببها وجاء فيها: للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق، والقرن، أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه إلا بضرر، ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد، أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً.

٣- إذا حصلت الفرقة بين الزوجين وكانت من جهة الزوجة لعلة أو عيب في الزوج، سقط جميع المهر، وقد نصت المواد [١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦][1] على العلل التي يحق للزوجة طلب فسخ الزواج بسببها[2].

---

(١) المادة-١١٣:
للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجب والعنة والخصاء ولا يسمع طلب للمرأة التي فيها من العيوب كالرتق والقرن.
المادة-١١٤:
الزوجة التي تعلم قبل الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول أو التي ترضى بالزوج بعد الزواج مع العيب الموجود يسقط حق اختيارها ماعدا العنة فإن الاطلاع عليها قبل الزواج لا يسقط حق الخيار.
المادة-١١٥:
إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود العيب ينظر: فإن كانت العلة غير قابلة للزوال يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له أو من وقت برء الزوج إن كان مريضاً، وإذا مرض أحد الزوجين أثناء الأجل مدة قليلة كانت بصورة تمنع من الدخول أو غابت الزوجة فالمدة التي تمر على هذا الوجه لاتحسب من مدة الأجل لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب إذا لم تزل العلة في هذه المدة، وكان الزوج غير راض بالطلاق والزوجة مصرة على طلبها، يحكم القاضي بالتفريق فإذا ادعى في بدء المرافعة أو ختامها الوصول إليها ينظر فإذا كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج مع اليمين وإن كانت بكراً فالقول قولها بيمين.
المادة-١١٦:
إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده ان الزوج مبتلي بعلة أو مرض لايمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر: فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة فإذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضا، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق.

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٢٣٤) والمهذب (٢/ ٤٨و٥٨) والمغني (٧/ ٢٠٥) والشرح الكبير (٢/ ٢٨٦) والمقنع (٣/ ٨٧).

وقد جاء في المادة [٤٩]: إذا وقع الافتراق بطلب من الزوجة بسبب وجود عيب أو علة في الزوج أو طلب الولي التفريق بسبب عدم الكفاءة وكان ذلك قبل الدخول والخلوة الصحيحة يسقط المهر كله.

٤- إذا حصلت الفرقة من جهة الزوجة بسبب عدم كفاءة الزوج كأن يزوجها وليها ثم تعلم بالزواج فتطلب فسخ العقد لعدم كفاءة الزوج أو أن تزوج نفسها بدون إذن الولي فيعترض الولي على الزواج ويطلب فسخه لعدم كفاءة الزوج شريطة أن يتم الفسخ قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة[١].

وهذا ما نصت عليه المادة [٤٩] التي سبق ذكرها.

ويسقط المهر في الصورة المتقدمة إذا لم يحصل دخول أو خلوة صحيحة إذ يتأكد المهر بهما كما سبق بيانه، وقد نصت على ذلك المادة [٥٠] حيث جاء فيها: إذا فسخ العقد قبل الدخول والخلوة فللزوج استرداد ما دفع من المهر؛ وورد استثناء على ذلك في المادة [٥٣] حيث نصت على سقوط المهر في حالة فسخ العقد بطلب من الزوج لعيب أو لعلة في الزوجة قبل الوطء أي ولو بعد الخلوة الصحيحة، والذي تفيده المادة [٥٠]: أنه يسقط جميع المهر أيضاً في مثل هذه الحالة.

٥- إذا حصلت الفرقة بين الزوجين من قبل الزوج بسبب خيار البلوغ، فلا مهر عليه، إذ لو وجب عليه المهر لما كان في الخيار فائدة لأنه قادر على الفرقة بالطلاق[٢].

متى يجب جميع المهر؟

يجب جميع المهر إذا تأكد بأحد المؤكدات التالية:

* الموت: تيستقر المهر بموت أحد الزوجين قبل الدخول فقد انعقد الإجماع على وجوب المهر بالموت، ولأن الموت أنهى عقد الزواج مقرراً أحكامه ومنها: المهر والميراث، سواء كان الموت طبيعياً أو بفعل أجنبي أو بقتل الزوج للزوجة، لأن الجناية منه لا تسقط حقاً واجباً عليه، وأما إذا قتلت الزوجة نفسها أو قتلت الزوجة زوجها فقد اختلف الفقهاء في وجوب المهر على الزوج.

فذهب الحنفية: إلى أن المهر يتأكد بذلك كله لأن المسقط للمهر أو لشيء منه هو الفرقة بينهما وهما على قيد الحياة بالشروط التي سبق بيانها.

وذهب الجمهور وزفر: إلى أن الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول سقط مهرها كله وذلك لأن قتلها زوجها جناية، وما عهدت الجنايات مؤكدات للحقوق، ولأنها تحرم من الميراث منه فأولى أن تحرم من المهر، ولأن قتلها زوجها كردتها، وردتها تسقط جميع المهر إن كانت قبل الدخول ومعاملة لها بنقيض مقصودها يسقط مهرها، لأنها تكون متهمة، ولئلا يكون ذريعة لقتل النساء أزواجهن.

---

(١) راجع بحث الكفاءة.
(٢) الاختيار (٣/ ٩٥).

أما إذا قتلت المرأة نفسها قبل الدخول، فقال زفر: يسقط مهرها لأنها فوتت حق الزوج عليها بجنايتها على نفسها فيسقط مهرها، ولم يوافقه على ذلك جمهور الفقهاء[1].

وقد أخذ القانون بما ذهب اليه الحنفية حيث نصت المادة [٤٨] على أنه: إذا سمى مهر في العقد الصحيح لزم أداؤه كاملاً بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة، ولو أخذ القانون برأي زفر لكان ذلك أقرب إلى العدل.

* الدخول الحقيقي: يتأكد المهر بالدخول الحقيقي -الوطء- سواء أكان مهر المثل أو المسمى وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء: ٢٠]، ولأنه بالدخول قد استوفيت أحكام العقد من جانب الزوجة فوجب على الزوج المهر، ولأن المهر يتأكد بالدخول في العقد الفاسد فأولى أن يتأكد بالدخول في النكاح الصحيح[2].

* الخلوة الصحيحة: وذلك بأن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما -فلا تصح الخلوة في المسجد أو الطريق العام والحمام العام- ولم يوجد مانع يمنع من الدخول الحقيقي، فإذا كان الأمر كذلك فقد اختلف الفقهاء في تأكد المهر بالخلوة الصحيحة على مذهبين.

المذهب الأول: يتأكد المهر بالخلوة الصحيحة؛ وهذا مذهب الحنفية، والحنابلة والشافعي في القديم[3].

واستدلوا: بما روي عن زرارة بن أبي أوفى قال: (قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق باباً وأرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة)[4].

وبما روي أن النبي (ﷺ) قال: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل»[5] رواه الدارقطني.

وروي مثل هذا عن كثير من الصحابة والتابعين منهم زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب، ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان اجماعاً.

المذهب الثاني: ذهب الشافعي في الجديد ومالك[6] وبعض الفقهاء إلى أنه لا يستقر المهر بالخلوة

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٢٢٥) والمهذب (٢/ ٥٧) وتبيين الحقائق (٢/ ١٣٨) والهداية (١/ ٢٠٤) وبداية المجتهد (٣/ ٧٨) والمغني (٧/ ٢٠٦) وحاشية الدسوقي (٢/ ٣٠١) وعقد الزواج وآثاره (ص٢٥) وبلغة السالك (٢/ ٨٧) والشرح الصغير (٢/ ٢١٠) والخرشي (٣/ ٢٠) والمقنع (٣/ ٨٧ و٨٨) والمنهاج (٣/ ٢٧٨).

(٢) المهذب (٢/ ٥٧) ومغني المحتاج (٣/ ٢٢٤) وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي (٢/ ٢٣٨) والهداية (١/ ٢٠٤) والبحر الرائق (٣/ ١٥٣) وبداية المجتهد (٢/ ٢٠) والخرشي (٣/ ٢٦٠) والمنهاج (٣/ ٢٧٨).

(٣) المراجع السابقة والمغني (٧/ ١٧٨) والبحر الرائق (٣/ ١٥٣و ١٦٢) والمنهاج (٣/ ٢٧٨).

(٤) السنن الكبرى (٧/ ٢٥٥) والمصنف (٦/ ٢٨٨).

(٥) السنن الكبرى (٧/ ٢٥٦).

(٦) ذهب المالكية إلى تأكد جميع المهر إذا أقام الزوج مع زوجته مدة سنة بعد الدخول وإن لم يحصل وطء بشرط بلوغه وإطاقتها للوطء مع اتفاقهما على عدم الوطء، لأن الإقامة المذكورة تقوم مقام الوطء، انظر: الشرح الكبير (٢/ ٣٠١) =

الصحيحة[1].

واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، والمراد: بالمس الجماع، ولقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١]، والإفضاء: الجماع، وكما لا تلتحق الخلوة الصحيحة بالوطء في سائر الأحكام من حدٍّ وغُسْلٍ وغيرها فكذلك لاتلتحق بالوطء في وجوب المهر بها.

وأجاب أصحاب المذهب الأول عن الآيتين بأن المراد بالإفضاء: الخلوة لا الدخول، وعن الآية الأولى بأن المسَّ: الخلوة مجازاً إذ أطلق المسبب وأراد السبب جمعاً بين الأدلة[2].

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنفية من وجوب المهر بالخلوة الصحيحة كما جاء في المادة [٤٨].

وقد زاد الإمام أحمد مؤكداً آخر غير ما سبق، وهو استمتاعه بامرأته بمباشرته لها فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة والنظر بشهوة[3].

موانع الخلوة:

موانع الخلوة الصحيحة ثلاثة أنواع:

١- مانع حسي: وذلك بأن يكون معهما ثالث مميز ولو أعمى أو نائماً، ولو كان الثالث زوجة للزوج فالأمر كذلك، وكمرض أحد الزوجين.

٢- مانع طبيعي: ككون المرأة رتقاء أو قرناء أو صغيرة لا تطيق الجماع، وكالحيض والنفاس إذ هو مانع طبعاً وشرعاً، وصغر الزوج مانع من صحة الخلوة الموجبة للمهر.

٣- مانع شرعي: وذلك كحيض ونفاس والإحرام بحج -فرض أو نفل- أو عمرة، كصوم رمضان، وأما صوم التطوع وصوم النذر والكفارات والقضاء فالصحيح أنه لا يمنع صحة الخلوة لعدم وجوب الكفارة بإفساد الصوم فيه[4].

وخلوة العنين والخصي مع عدم وجود مانع من الموانع السابقة صحيحة وخلوة المجبوب بزوجته صحيحة عند أبي حنيفة، لأن المستحق عليها التسليم فقط، غير صحيحة عند أبي يوسف ومحمد لأنه أعجز من المريض[5].

وبلغة السالك والشرح الصغير (٢/ ٨٧) والخرشي (٣/ ٢٦٠).

(١) بداية المجتهد (٢/ ٢٠) والشرح الكبير (٢/ ٣٠١) وبلغة السالك (٢/ ٨٨) والشرح الصغير (٢/ ٨٨) والمنهاج (٣/ ٢٧٨) والمغني (٧/ ١٧٨) والبحر الرائق (٣/ ١٥٣ و ١٦٢) وتبيين الحقائق (٢/ ١٣٨و١٤٢) والمهذب (٢/ ٥٧) والهداية (٢٠٤) ومغني المحتاج (٣/ ٢٦٤و٢٢٥).

(٢) المغني (٧/ ١٧٩) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤٢).

(٣) المغني (٧/ ١٧٩).

(٤) تبيين الحقائق (٢/ ١٤٢) والمغني (٧/ ١٨٠) ومغني المحتاج (٣/ ٢٢٥) والهداية (١/ ٢٠٥) والبحر الرائق (٣/ ١٦٢).

(٥) تبيين الحقائق (٢/ ١٤٣) والهداية (١/ ٢٠٦) والمغني (٧/ ١٨٠).

الأحكام التي تتفق فيها الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقي:

تتفق الخلوة الصحيحة مع الدخول الحقيقي في الأحكام التالية:

١ - يتأكد بها المهر كالدخول الحقيقي عند الحنفية والحنابلة خلافاً للشافعي في الجديد ومالك وقد سبق بيان ذلك.

٢- تجب بالخلوة الصحيحة العدة كالطلاق بعد الدخول عند الحنفية والحنابلة وهو قول للشافعي، والقول الثاني: لا تجب عليها العدة، وقال القدوري من الحنفية: إن كان المانع شرعياً كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر لا تجب العدة لانعدام التمكن حقيقة[١].

٣- تجب بها للزوجة نفقة العدة من طعام وكسوة ومسكن.

٤- يحرم بها نكاح امرأة محرم للزوجة ما زالت في عدتها لأن الجمع بينها وبين محرم لها كعمتها أو خالتها غير جائز، ويحرم على الزوج أن يتزوج بأربع سواها ما زالت في العدة.

٥- يثبت بها نسب الولد للزوج[٢].

الأحكام التي تختلف فيها الخلوة الصحيحة عن الدخول الحقيقي:

تختلف الخلوة الصحيحة عن الدخول الحقيقي في الأحكام التالية:

١ - الإحصان: فإذا زنا الرجل أو المرأة وكان محصناً فحدّه الرجم، وإذا لم يكن محصناً فحده الجلد، والإحصان لا يتحقق بالخلوة الصحيحة، وإنما يتحقق بالدخول في عقد النكاح الصحيح.

٢- إذا اختلى الزوج بزوجته خلوة صحيحة ولم يدخل بها ثم طلقها فله أن ينكح ابنتها، أما اذا دخل بالزوجة ثم طلقها فليس له أن ينكح ابنتها إذ أن الدخول بالأمهات يحرم البنات.

٣- إذا طلق الزوج زوجته ثلاثاً فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً آخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً، ولا تحل للأول بخلوة الزوج الثاني بها خلوة صحيحة فقط.

٤- الطلاق بعد الخلوة الصحيحة يكون بائناً دائماً، فلا يستطيع الزوج مراجعة زوجته، والطلاق بعد الدخول يكون رجعياً ويكون بائناً ويستطيع الزوج مراجعة زوجته في حالة الطلاق الرجعي.

٥- إذا مات أحد الزوجين في عدة الطلاق بعد الخلوة فإنه لا يرث أحدهما صاحبه سواء كان فاراً من الميراث أم لم يقصد بطلاقه الفرار من الميراث، بخلاف الطلاق بعد الدخول الحقيقي فإنه لا يمنع من الميراث إذا كان رجعياً أو كان بائناً وقصد المطلق بطلاقة الفرار من الميراث ومات الزوج والمرأة لا زالت في عدتها[٣]،[٤].

---

(١) المهذب (٢/ ١٤٢) وتبيين الحقائق (٢/ ١٩٤) والهداية (١/ ٢٠٦).

(٢) تبيين الحقائق (٢/ ١٤٤) والبحر الرائق (٣/ ١٦٥).

(٣) المراجع السابقة.

(٤) اختلفت الفقهاء في ميراث طلاق الفار وهو الذي طلق زوجته طلاقاً بائناً بينونة صغرى في مرض موته ثم توفي في زمن =

إعسار الزوج بالمهر :

إذا علمت الزوجة بإعسار الزوج بالمهر وقبلت الزواج منه أو رضيت بإعساره بعد العقد فلا يحق لها طلب فسخ النكاح، كما لا يحق لأحد من أوليائها المطالبة بفسخ الزواج لإعسار الزوج بالمهر أو النفقة لأن الضرر لا يتجدد والحاصل قد رضيت به.

وإذا لم ترض بإعساره فقد ذهب الشافعية والحنابلة في الراجح عندهم إلى عدم جواز فسخ النكاح قياساً على الإعسار بالنفقة الماضية، ولأن تأخيره ليس فيه ضرر مجحف وليس فيه نص، فلا يصح قياسه على الثمن في البيع، وذهب بعض الشافعية والحنابلة إلى أنه يحق لها فسخ النكاح قياساً على الإعسار بثمن المبيع[(١)].

وللشافعية والحنابلة طريق آخر في بيان الحكم في المسألة حيث ذهبوا إلى التفريق بين الإعسار بعد الدخول والإعسار قبل الدخول، فإذا أعسر الزوج بالمهر الحالّ قبل الدخول، فللزوجة فسخ النكاح لأنه معاوضة يلحقه الفسخ، فجاز فسخه كالإفلاس بالعوض في البيع.

وإذا أعسر بعد الدخول فللشافعية والحنابلة رأيان:

الأول: لم يجز لها فسخ النكاح لأن البضع صار كالمستهلك بالوطء فلم تفسخ كالبيع بعد هلاك السلعة.

الثاني: يثبت لها الفسخ لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه، ولا يجوز الفسخ في الأحوال كلها إلا بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه[(٢)].

وذهب مالك:[(٣)] إلى أن لها حق فسخ النكاح قبل الدخول لا بعده، ويجب عليه نصف المهر بالفسخ قبل الدخول لأنه طلاق، ويُنظَر الزوج قبل الفسخ مدة لا تتضرر الزوجة بطولها.

وذهب الحنفية:[(٤)] إلى أن العقد لا يفسخ بإعسار الزوج عن دفع المهر ما دام العقد قد تم مع الكفاءة ولم تنقص التسمية عن مهر المثل فيعترض الولي.

وقد أخذ القانون بالرأي الذي يفرق بين الإعسار بالمهر قبل الدخول والإعسار بعد الدخول حيث

عدتها من طلاقه أو بعد انتهاء العدة، فذهب الشافعية إلى أن المرأة المطلقة طلاقاًبائناً في مرض الموت لاترث زوجها في العدة. وذهب الحنيفة إلى أنها ترثه مالم تنتهي عدتها قبل موته، فإذا انتهت فلا ميراث لها، وذهب الحنابلة إلى أنها ترثه مالم تتزوج، وذهب المالكية: إلى أنها ترثه ولو انتهت العدة وتزوجت بغيره، انظر: الإمام مالك للمرحوم أبي زهرة (ص٢٠٣).

(١) مغني المحتاج (٣/ ٤٤٥) واالمغني (٨/ ١٨٢).

(٢) المغني (٧/ ١٩٢) والمهذب (٢/ ٦١) مغني المحتاج (٤/ ٨٢) وجواهر الأكليل (١/ ٣١٤) وبداية المجتهد (٢/ ٤٤) والمقنع (٣/ ٩٨).

(٣) بداية المجتهد (٢/ ٤٤) والشرح الكبير (٢/ ٣٠٠) والخرشي (٣/ ٢٦٠).

(٤) عقد الزواج وآثاره (ص٢٧٨)، وبداية المجتهد (٢/ ٤٤).

جاء في الفقرة (أ) من المادة [١٢٦] ما نصه: (إذا ثبت قبل الدخول عجز الزوج بإقراره أو البينة عن دفع المهر المعجل كله أو بعضه فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ الزواج، والقاضي يمهله شهراً، فإذا لم يدفع المهر بعد ذلك يفسخ النكاح بينهما. أما إذا كان الزوج غائباً ولم يعلم له محل إقامة ولا مال يمكن تحصيل المهر منه، فإنه يفسخ بدون إمهال).

ونصت الفقرة (ب) من المادة نفسها (١٢٦) حسب القانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١ على أن:

(للزوجة قبل الدخول أو الخلوة أن تطلب إلى القاضي التفريق بينها وبين زوجها إذا استعدت لإعادة ما استلمته من مهرها وما تكلف به الزوج من نفقات الزواج، وللزوج الخيار بين أخذها عينياً أو نقداً، وإذا امتنع الزوج عن تطليقها يحكم القاضي بفسخ العقد بعد ضمان إعادة المهر والنفقات.

ويلاحظ أن هذه الفقرة من المادة (١٢٦) قد أعطت الزوجة الحق في طلب التفريق بينها وبين الزوج دون ابداء الأسباب إذا أعادت للزوج المهر المدفوع وسائر تكاليف الزواج من نفقات إذا كان هذا الطلب قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، فإن رفض الزوج التطليق فرق القاضي بينهما بفسخ العقد لا بطلاق بعد تأمين ما يستحقه الزوج من مهر ونفقات زواج.

وقد أحسن القانون بالأخذ بهذه الحالة حتى لا تبنى الحياة الزوجية على أسس غير مستقرة.

وقد ذهب فقهاء المالكية إلى التفريق بين الزوجين قبل الدخول أو الخلوة إذا حصل خلاف بين الزوجين على تسمية المهر أو تحديد مقداره، فالتفريق هنا ينسجم مع هذا الرأي ويتفق مع مقاصد الشارع في عدم التمادي في استكمال زواج نشبت بذور الشقاق والنزاع فيه بين الزوجين وهو مجرد فكرة نظرية لم تلامس واقع الحياة الزوجية وما يترتب عليها من مسئوليات جسام وتضحية وصبر وتعاون على تحمل المشاق وحمل المسئولية.

وقد نصت الفقرة (ج) من المادة نفسها على التفريق بين الزوجين بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة مخالعة، وسنرجىء الحديث عنها إلى موضوع المخالعة لأن الأولى أن تذكر فيه، وكان يجدر بالقانون أن يضعها في باب المخالعة.

صداق السر وصداق العلانية:

إذا تزوج امرأة على صداقين أحدهما معلن والآخر سِرّي، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المعتبر هو صداق السر لا العلانية، لأن العلانية ليست بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء.

وذهب جماعة من الحنابلة إلى أن المعتبر صداق العلانية، لأنه إذا عقد في الظاهر عقداً بعد عقد السر فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها[1].

وقد جاء في المادة [٥٩]: عند اختلاف الزوجين في المهر الذي جرى عليه العقد لا تسمع الدعوى

---

(١) المغني (٧/ ١٩٢) ومغني المحتاج (٣/ ٢٨١) وفتح القدير (٢/ ٤٤٤) والفتاوى الهندية (١/ ٣١٥) والمهذب (٢/ ٥٥) والشرح الكبير (٢/ ٣١٣) والخرشي (٣/ ٢٧٣) والمقنع (٣/ ٨٩) والمنهاج (٣/ ٢٨١).

إذا خالفت وثيقة العقد المعتبرة ما لم يكن سند كتابي يتضمن اتفاقهما حين الزواج على مهر آخر غير ما ذكر في الوثيقة.

فقد رأى القانون تضييقا لدائرة الخلاف ومنعا للإدعاءات الباطلة أن اشترط البينة الكتابية للإثبات في دعاوى المهر، فإن لم توجد واختلف الزوجان في مقداره أوتسميته فتطبق أحكام المواد (٥٧، ٥٨) من هذا القانون.

الزيادة في المهر والحط منه:

للزوج إذا كان كامل الأهلية جائز التصرف في الأموال أن يزيد في مهر الزوجة بعد العقد، وللزوجة كاملة أهلية التصرف في الأموال أن تحط عن زوجها من مهرها ما شاءت بعد انعقاد العقد.

فإذا تزوج الزوج ولم يسم لزوجته مهراً في العقد ثم تراضيا على التسمية وسمى لها بعد العقد، أو تزوجها على مهر مسمى ثم زادها بعد ذلك ثم طلقها قبل الدخول بها فقد ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى أن المفروض بعد العقد والزائد بعد العقد لا يأخذان حكم المهر في التنصيف بالطلاق قبل الدخول، فللزوجة في حالة عدم تسمية مهر في العقد المتعة، وفي حالة تسمية المهر في العقد نصف المسمى ويسقط الذي زاده بعد العقد.

وحجتهم: قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فالآية واردة في المسمى وقت العقد، لأنها هي التسمية المقترنة بالعقد والعرف يطلق المفروض على ما يكون مسمى وقت العقد.

وذهب الشافعي وجماعة من الفقهاء إلى أن المفروض بعد العقد يتنصف بالطلاق قبل الدخول، وأما الزائد بعد العقد فيأخذ حكم الهبة لا حكم المهر.

واستدلوا: على تنصيف المفروض بعد العقد بقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فقد جاءت الآية بتنصيف المسمى سواء أكانت التسمية وقت العقد أم بعده، ولأن التسمية بعد العقد تلتحق بالتسمية وقت العقد بدليل أنها تكون هي الواجبة إن تأكد المهر بالدخول أو الوفاة.

واستدلوا: لعدم تنصيف الزائد بعد العقد بأن الزوج ملك البضع بالمسمى في العقد، فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه فلا تكون عوضاً في النكاح كما لو وهبها شيئاً وذهب أبو يوسف في آخر قول له إلى أن المفروض بعد العقد لا يتنصف، والزائد بعد العقد يتنصف، وكان يقول أولاً: بتنصيف المفروض بعد العقد.

وذهب الحنابلة إلى أن المفروض والزائد بعد العقد يتنصفان بالطلاق قبل الدخول، وعن أحمد رواية بعدم تنصيف المفروض بعد العقد. وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤].

ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة فيه كحالة العقد[1].

وذهب المالكية[2] إلى أن الصداق المفروض في العقد والزائد بعد العقد يتنصفان بالطلاق قبل الدخول، وأما إذا مات أو أفلس قبل قبض الزوجة للزائد فحكم الزائد حكم العطية لا يجب فيه شيء، فأعطوا الزائد بعد العقد حكم الصداق إن حصل طلاق، وحكم العطية إن حصل موت وأفلس الزوج قبل قبضة، وأما الزائد قبل العقد أو حين العقد فحكمه حكم الصداق.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنابلة وأبو يوسف بالنسبة للزائد بعد العقد فجعله ملتحقاً بأصل العقد يأخذ حكم المهر في التنصيف بالطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة.

جاء في المادة [٦٣] وتعديلها بموجب القانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١: للزوج الزيادة في المهر بعد العقد، وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملي أهلية التصرف، على أن يوثق ذلك رسمياً أمام القاضي ويلحق ذلك بأصل العقد إذا قبل به الطرف الآخر في مجلس الزيادة أو الحط منه، وقد اشترط القانون لصحة الزيادة والحط:

١- أهلية التصرف في المال.

٢- أن يقبل الطرف الآخر الزيادة أو الحط في مجلس العقد.

اشتراط الأب أو أحد أقارب الزوجة مالا من المهر:

اما أن يكون الذي اشترط ذلك الأب أو غير الأب من أقارب الزوجة، فإن كان الأب: فقد ذهب أحمد بن حنبل إلى جواز هذا الشرط وذلك لقوله تعالى في قصة موسى الرجل مع الصالح: ﴿قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص:٢٧]. فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه وهو شرط لنفسه، ولقوله (ﷺ): «أنت ومالك لأبيك» وقوله (ﷺ): «وأن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم»[3]. والمهر مال ابنته فله أن يأكل منه بغير شرط فبالشرط أولى.

والأخذ من مال الولد مقيد بشرطين:

١- أن لا يأخذ منه مالاً يعتبر إجحافاً في حق الولد من غير حاجة.

٢- أن لا يأخذ من أحد أولاده ليعطي ولداً آخر، فإن في ذلك إثارة للعدواة والبغضاء بين الأخوة.

---

(١) انظر: المغني (٧/ ١٩٧، ٧/ ١٧٠، ١٦٨) والهداية (١/ ٢٠٥) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤١) وعقد الزواج وآثاره (ص٢٥٦) والبحر الرائق (٣/ ١٥٩-١٦١) والمنهاج (٣/ ٢٨٦).

(٢) الشرح الكبير (٢/ ٣١٩) وبلغة السالك والشرح الصغير (٢/ ١٠١،١٠٣) والخرشي (٣/ ٢٨٠) وحاشية العدوي (٣/ ٢٨١).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ٤٨٠).

وذهب الشافعي وجماعة من الفقهاء إلى أنه إذا فعل الأب ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية، لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد، لأن المهر لا يجب إلا للزوجة لأنه عوض بضعها.

وإذا شرط ذلك غير الأب من الأولياء أو الأقارب، فالشرط باطل عند الشافعي وأحمد وجمهور الفقهاء، ويجب للمرأة مهر المثل عند الشافعية، والمسمى عند الحنابلة[1].

واختلف الفقهاء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها حباء للأب، فذهب الحنفية وأحمد إلى أن الشرط لازم، والصداق صحيح، وقال الشافعي: المهر فاسد ولها صداق المثل، وقال مالك: إن كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وإن كان بعد النكاح فهو له.

وسبب اختلافهم: تشبيه النكاح بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباء؛ قال: لا يجوز النكاح، كما لا يجوز البيع، ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال: يجوز.

وأما تفريق مالك: فلأنه اتهمه إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون اشتراطه لنفسه نقصاناً من صداق مثلها، ولم يتهمه إذا كان بعد العقد[2].

وقد نص القانون على أنه: ليس لأحد من الأولياء أن يأخذ من الزوج شيئاً في مقابل تزويجه من مولاته أو تسليمها له، فإن أخذ شيئاً وجب رده حيث نصت المادة [٦٢] على أنه: لا يجوز لأبوي الزوجة أو أحد أقاربها أن يأخذ من الزوج دراهم أو أي شيء آخر مقابل تزويجها أو تسليمها له، وللزوج استرداد ما أخذ منه عيناً إن كان قائماً أو قيمته إن كان هالكاً.

ولنا على القانون أنه لم يأخذ بأي رأي من آراء الفقهاء الأربعة وكان عليه أن يجعل الشيء المشترط حقاً للزوجة لا للزوج أو أن يجعل المهر المسمى فاسداً لهذا الشرط يجب للزوجة مهر المثل.

من يقبض المهر:

إذا كانت الزوجة ناقصة الأهلية أو محجوراً عليها أو غير رشيدة قبض مهرها وليها على أموالها وهو عند الحنفية الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي. وسائر الأولياء لهم ولاية في التزويج لا على الأموال.

وإذا كانت بالغة عاقلة رشيدة غير محجور عليها قبضت مهرها بنفسها أو وكَّلت من يقبضه لها سواء كانت بكراً أو ثيباً عند الشافعية والحنابلة والمالكية، لأنها رشيدة فتقبضه كأجرة دارها.

وقال الحنفية وبعض الشافعية: إن كانت ثيباً قبضته بنفسها أو وكيلها، وإن كانت بكراً قبضه وليها من الأب أو الجد، وذلك لأن البكر تستحي فقام أبوها مقامها كما قام مقامها في تزويجها، ولأن سكوتها عند قبض الأب لمهرها يعتبر رضا بذلك، ولا يصح قبض غير الأب والجد أو وصيهما، ولا

---

(١) المغني (٧/ ١٥٢-١٥٣).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٢٥) والمقنع (٣/ ٧٩).

يعتبر سكوتها إذنا بالقبض، وإذا نهت الزوج عن الدفع إلى الأب أو الجد فدفع إليهما لم تبرأ ذمته بذلك[1].

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنفية حيث جاء في المادة [٦٤]: ينفذ على البكر اولو كانت كاملة الأهلية قبض وليها لمهرها إن كان أباً أو جداً لأب، ولم تنه الزوج عن الدفع إليه.

ضمان المهر:

يصح ضمان المهر بأن يضمن ولي الزوج أو ولي الزوجة المهر، وللزوجة أن تطالب الزوج أو الكفيل بالمهر.

وإذا زوج الأب ابنه الصغير وكان فقيراً فهل يطالب الأب بمقتضى تلك الولاية بالمهر ضمن المهر أم لم يضمنه ؟.

ذهب الحنفية والشافعي في الجديد وجماعة من الحنابلة إلى أن الأب لا يضمن المهر بذلك، لأن المهر يجب على الزوج لزوجته، ولم يضمنه الأب وإنما تولى تزويجه فقط، وليس للزوجة مطالبة الزوج بالمهر قبل بلوغه، وأما إذا ضمن الأب المهر فللزوجة مطالبته بالمهر كما أن لها مطالبة الزوج بعد البلوغ إذا لم يؤده الأب.

وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة أو الكبيرة رجلاً وضمن لها مهرها ضمانه، ولها مطالبة زوجها أو والدها بالمهر، وإذا لم يضمن أحد مهرها فليس لها إلا مطالبة الزوج بالمهر.

وذهب جمهور الفقهاء ومالك وبعض الحنابلة والشافعي في القديم إلى أن الأب إذا تولى تزويج ابنه الصغير الفقير فإنه يكون ضامناً للمهر بمقتضى تزويجه، وإن لم يضمنه صراحة، لأنه لمّا زوج ابنه مع علمه بوجوب المهر والإعسار كان ذلك رضاً بالتزامه بالمهر، وإذا أدى الأب المهر فليس له الرجوع على الابن إذا أيسر، لأنه بمنزلة الإنفاق عليه وليس له أن يرجع عليه في النفقة.

وإذا زوج الأب ابنه الكبير المعسر فقد ذهب جماعة من الحنابلة والمالكية إلى أن الأب يكون ضامناً للمهر بمقتضى تزويجه وذلك لأن الزوجة وأولياءها ما ارتضوا ذلك الفقير زوجاً إلا لأجل أبيه وتوليه العقد يقتضي عرفاً أن يكون هو المسؤول عن دفع المهر، وقد جرى العرف أن الآباء يدفعون مهور أولادهم، وإذا أدى الأب المهر لم يرجع به على الابن اعتباراً بالنفقة عليه وهو معسر[2].

وقد أخذ القانون برأي الحنفية حيث لم ينص على ضمان المهر بالنسبة لتزويج الكبير المعسر، وعملاً بالمادة [١٨٣]: يرجع إلى الراجح عند الحنفية، وأما الصغير فقد سبق القول أنه لا يصح تزويجه.

---

(١) المهذب (٢/ ٥٧) والمغني (٧/ ١٨٩) والبحر الرائق (٣/ ١١٨، ١٨٨) وحاشية الطحطاوي (٢/ ٢٨) وجواهر الاكليل (١/ ٣٠٧) وبلغة السالك (٢/ ١٠٩) والخرشي (٣/ ٢٨٤) والمقنع (٣/ ٨٠).

(٢) المغني (٦/ ٢٢٥و٧/ ١٤٣) وقد سبق بيان ذلك.

الحقوق المتعلقة بالمهر:

يتعلق بالمهر عند تقديره حقان، حق لله وحق للعباد وهؤلاء هم الأولياء والزوجة.

فحق الله: هو ألا ينقص المهر عن عشرة دراهم عند الحنفية وعن ربع دينار أو ثلاثة دراهم عند المالكية وأن يكون مالاً يتمول عند الشافعية والحنابلة.

وأما حق العباد: فهو أن للأولياء حق الاعتراض على الزواج وفسخه إذا زوجت المرأة نفسها بأقل من مهر المثل أو يزيده الزوج إلى مهر المثل عند الحنفية.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن لها تزوج نفسها بأقل من مهر مثلها، لأنه خالص حقها كأجرة دارها، ولأنها تسقطه عن الزوج بعد فرضه فلها أن تنقصه عن مهر المثل قبل فرضه.

وحق الزوجة في المهر أن تعترض على الولي إذا زوجها بأقل من مهر مثلها فتفسخ العقد أو يزيده الزوج إلى مهر مثلها وهذا رأي الحنفية والشافعية.

وذهب الحنابلة والمالكية إلى أن للأب أن يزوجها بأقل من مهر مثلها صغيرة كانت أو كبيرة، بكراً أو ثيباً، وليس ذلك لأحد غير الأب[1].

الزواج في مرض الموت:

إذا تزوج الرجل في مرض موته[2] امرأة بمهر يساوي مهر المثل أخذته الزوجة من التركة بعد موته، وإن كان المهر زائداً على مهر المثل أخذت الزيادة حكم الوصية، والوصية تنفذ في الثلث من التركة جبراً عن الورثة وما زاد عن الثلث ينفذ باختيار الورثة وللمالكية في زواج المريض مرض الموت رأيان.

الأول: لا يجوز، ويفسخ عقد النكاح مطلقاً سواء أذن له الوارث أم لا، احتاج المريض للزواج أم لا، لأن فيه إدخال وارث على الوثة وهو منهي عنه.

والثاني: يجوز إن احتاج المريض للزوجة إذن الوارث، أولاً، والأول أشهر وعليه يفسخ عقد النكاح حصل دخول أم لا، وللزوجة الأقل من المسمى أو مهر المثل أو ثلث التركة إن حصل دخول أو مات الزوج، وإن لم يحصل دخول فسخ الزواج ولا شيء للزوجة قبل الدخول أو الموت.

وقد أخذ القانون بما قرره الحنفية في تصرفات المريض مرض الموت، فقد نصت المادة [٦٠]: على أنه: إذا تزوج أحد في مرض موته ينظر: فإن كان المهر المسمى مساوياً لمهر المثل تأخذه الزوجة من تركة الزوج، وإن كان زائداً عليه يجري في الزيادة حكم الوصية.

متى تجب للزوجة المتعة:

إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وقد سمى لها مهراً فلها نصف المسمى فقط

---

(١) الشرح الكبير ٢/ ٢٧٦ والخرشي ٣/ ٢٣٤ وحاشية العدوي ٢/ ٢٣٤.

(٢) مرض الموت: هو المرض الذي يعقبه الموت غالباً.

لا خلاف في ذلك لقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

ولها المتعة في الحالات التالية:

أ- إذا طلقها قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة ولم يسم لها مهراً، أو سمى لها مهراً وكانت التسمية فاسدة وجب للمطلقة المتعة عند جمهور الفقهاء، وذلك لقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. وقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ أمر، والأمر: يقتضي الوجوب، ولأن المتعة بدل عن نصف المهر، ونصف المهر واجب الأداء في هذه الحال، فما كان بدلاً عنه يكون واجباً.

وذهب المالكية إلى أن المتعة لها مستحبة غير واجبة لقوله تعالى في الآية السابقة: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ فخص الله سبحانه وتعالى المحسنين بها على سبيل الإحسان والتفضيل، والإحسان ليس بواجب، ولو كانت واجبة لم تختص بالمحسنين دون غيرهم[1].

ب- إذا طلق زوجته قبل الدخول والخلوة وقد فرض لها مهراً بعد العقد، فقد ذهب الشافعي وأبو يوسف في أول الأمر وأحمد في المشهور عنه إلى أن لها نصف المهر المفروض بعد العقد.

وذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأبو يوسف في آخر الأمر وأحمد في الرواية الثانية عنه إلى أن لها المتعة الواجبة وقد سبق بيان هذه المسألة مع دليل كل من الفريقين. ويقاس على الفرقة بالطلاق كل فرقة بين الزوجين حصلت من قِبَل الزوج كالفرقة بالإيلاء واللعان والجبّ والعنَّة وردَّته وإبائه الإسلام، وفعله ما يوجب حرمة المصاهرة، ولا تجب المتعة بالفرقة التي تكون بسبب من جهة الزوجة[2].

ج- تجب لكل مطلقة سواء كانت بائنة أم رجعية، وهذا مذهب الشافعي في الجديد ورواية عن أحمد وذلك لظاهر قوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة: ٢٤١] ولقوله تعالى لنبيه (ﷺ): ﴿ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ﴾ . . . . إلى قوله تعالى: ﴿ فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨] وكان ذلك في نساء دخل بهن، ولأن ما حصل من المهر لها بدل عن الوطء وبقي الابتذال بغير بدل فوجب لها المتعة.

وذهب الحنفية والحنابلة والشافعي في القديم إلى أن المتعة في غير الأحوال السابقة الذكر مستحبة[3] ذلك لقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. وقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا

---

(١) البحر الرائق: (٣/ ١٥٧) والمنهاج (٣/ ٢٩٠).

(٢) المغني (٧/ ١٦٧) وما بعدها، والهداية (١/ ٢٠٥) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤٠) والمهذب (٢/ ٦٠، ٦٣) ومغني المحتاج (٣/ ٢٢٩) والبحر الرائق (٣/ ٦٦و١٦٧) والمقنع (٣/ ٩٣).

(٣) وضابطه أن كل فرقة جاءت من قِبل الزوج فللزوجة المتعة وجوباً أو استحساناً كما سبق بيانه، وأما أن كانت الفرقة بسبب من قِبل الزوجة فليس لها المتعة، لا جوباً ولا استحباباً. انظر: البحر الرائق (٣/ ١٥٨).

﴿فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. ، فقد قسم الله سبحانه النساء إلى قسمين وأثبت لكل قسم حُكماً، فدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه، فغير هذين القسمين لا يجب له حكم هذين القسمين ولا أحدهما.

ويحمل معنى الأمر في الآيات التي استدل بها الشافعية على الاستحباب.

مقدار المتعة:

ذهب الحنيفة إلى أن المتعة الواجبة كسوة كاملة للمرأة حيث قالوا: هي درع وخمار وملحفة، ولها حد أعلى: ألاّ تزيد على نصف مهر المثل، وحدّها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم، لأنها قائمة مقام نصف المهر، ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل، فلا تزيد على نصفه، وأقل المهر عندهم عشرة دراهم فلا تقل عن نصفه، وللمطلّق أن يزيد على نفسه ما شاء[1].

وفي مقدار المتعة الواجبة عند الشافعية وجهان:

أحدهما: ما يقع عليه اسم المال.

والثاني: يقدرها الحاكم لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وذهب الحنابلة إلى أن أعلاها خادم على الموسر، وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلى فيها، لما ورد أن هذا قول ابن عباس.

وعن أحمد رواية أخرى إنه يرجع في تقديرها للحاكم، لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره فيرجع فيه إلى الحاكم كسائر الأمور الإجتهادية[2].

اعتبار المتعة بحال الزوج او الزوجة:

ذهب الحنابلة وبعض الشافعية وابو يوسف الى ان المتعة معتبرة بحال الزوج وذلك لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وذهب بعض الحنفية وبعض الشافعية الى انها معتبرة بحال الزوجة لقوله تعالى: ﴿وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ﴾ [البقرة: ٢٤١] وليس من المعروف أن تعطي الغنية ذات الثراء العظيم كسوة خشنة لا تليق بها، ولأن المتعة بدل عن نصف مهر المثل وهو معتبر بحالها، فتعتبر بحالها كذلك.

وذهب بعض الشافعية والحنفية إلى أنها معتبرة بحالهما جمعاً بين الأدلة السابقة[3].

وقد أخذ القانون برأي الحنفية في مقدار المتعة، واعتبرها بحال الزوج، وأوجبها في حالة ما إذا وقع

---

(١) المغني (٧/ ١٦٩) والهداية (١/ ٢٠٦) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤٤) والمهذب (٢/ ٦٣) ومغني المحتاج (٣/ ٢٤٢) والمقنع (٣/ ٩٤) والمنهاج (٣/ ٢٩١).

(٢) المهذب (٢/ ١١) وتبيين الحقائق (٢/ ١٤٤) والهداية (٢/ ٢٠٦) والمغني (٧/ ٥٧١) ومغنى المحتاج (٣/ ٢٤٢) والبحر الرائق (٣/ ١٥٨) والمقنع (٣/ ٩٣) والمنهاج (٣/ ٢٩١).

(٣) المهذب (٢/ ٦٣) ومغني المحتاج (٣/ ٢٤٢) والمغني (٧/ ١٧١) وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢/ ١٤٠) والبحر الرائق (٣/ ١٥٨) والمنهاج (٣/ ٢٩١).

الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة، حيث نصت المادة [٥٥] على أنه: إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة، والمتعة تعين حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج على ألا تزيد على نصف مهر المثل.

الاختلاف في المهر:

١ - إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى فادعت الزوجة مهراً وادعى الزوج مهراً أقل منه ولا بينة لهما، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

أ- ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن القول قول من يدعي مهر المثل منهما فإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله، وإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل منه فالقول قولها، وذلك: لأن الظاهر قول من يدعي مهر المثل فكان القول قوله قياساً على المنكر في سائر الدعاوي، لأن كل واحد منهما يعتبر مدعياً حقيقة فيعتبر قول من هو أقرب لمهر المثل.

وإن ادعى أقل من مهر المثل وادعت هي أكثر من مهر المثل ففي هذه الحال يتحالفان ويجب مهر المثل إن حلف كلاهما، ويبدأ القاضي بتحليف أيهما شاء، فإن نكل لزمته دعوى الآخر وحكم بها وإن حلف حلف الآخر فإن نكل قضى بدعوى الآخر وإن حلف قضى بمهر المثل[1].

هذا إذا حصل الاختلاف بينهما بعد استحقاق الزوجة لجميع المهر، فإن حصل الاختلاف عند استحقاقها لنصف المهر، فالحكم ما سبق ولكن يحكم بالمتعة لا مهر المثل.

وإذا كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو ورثة الزوجين فالحكم ما سبق عند الحنابلة، وخالفهم أبو حنيفة[2] في صورة واحدة وهي: ما إذا مات الزوجان وكان الخلاف بين ورثتيهما حيث قال: لا يجب مهر المثل ولا يحكم به، لأن مهر المثل تعتبر فيه الصفات والأوقات، ولا يمكن معرفته فإن كان لأحدهما بينة ثبت مدعاه، وإن كان لكليهما بينة تهاترت البينتان ولم يحكم بشيء.

ب- وذهب أحمد في رواية عنه وأبو يوسف وجماعة من الفقهاء إلى أن القول قول الزوج بكل حال إلا أن يدعي مهراً لا يتزوج بمثله في العادة لأن الزوج منكر للزيادة ومدعى عليه من قبل الزوجة فيدخل تحت قوله (ﷺ): «ولكن اليمين على المدعي عليه» فإذا عجزت الزوجة عن البينة كما هو فرض المسألة كان القول قول المدعى عليه وهو الزوج مع يمينه.

فإن ادعى الزوج مهراً يستنكره العرف، ففي هذه الحال يحكم مهر المثل فيحكم به إن كان دون ما تدعيه، ويحكم بما تدعيه إن كان أقل من مهر المثل ولا يسمع قول الزوج. هذا إذا حصل الاختلاف بينهما بعد استحقاق الزوجة للمهر كله.

فإن كان الاختلاف عند استحقاقها لنصف المهر فالقول قول الزوج أيضاً ما لم يدع مهراً يستنكره

---

(١) المغني (٧/ ١٦٢، و١٦٣) والهداية (١/ ٢١٢) وتبيين الحقائق (٢/ ١٥٦).

(٢) المغني (٧/ ١٦٥) والهداية (١/ ٢١٣) وتبيين الحقائق (٢/ ١٥٨، ١٥٩).

العرف. وأما إذا كان الزوج في هذه الحالة ادعى أن المهر ألفا دينار ليرجع بألف عليها، وادعت أنه ألف دينار ليرجع الزوج بخمسمائة ففي هذه الحالة القول قول الزوجة مع يمينها، لأن الزوج مدع للزيادة والزوجة منكرة لها فالقول قولها تطبيقاً القاعدة: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر.[1]،[2].

وإذا كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين فالحكم كما سبق في حال حياتهما[3].

وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية حيث نصت المادة [٥٨] على أنه: إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهراً لمثلها عرفاً، فيحكم بمهر المثل، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما.

ويحسن أن تقيد المادة في حال عجز الزوجة عن البينة المثبتة لمقدار المهر المسمى والأخذ بقول الزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهر مثلها عرفاً فيحكم بمهر المثل، يحسن أن يقيد مهر المثل هنا بعبارة شريطة ألا يزيد على ما ادعته الزوجة.

ج- وذهب الشافعي إلى أنهما يتحالفان، فإن حلف أحدهما ونكر الآخر ثبت ما قاله، وإن حلفا وجب مهر المثل، وإذا اعترف الزوج بقدر يزيد على مهر المثل، وادعت الزوجة اكثر منه فلا تحالف لئلا يرجع الواجب إلى مهر المثل، ويعتبر قول الزوج.

وإذا مات الزوجان أو أحدهما قام الورثة مقام الزوجين في ذلك، وكذلك الحكم سواء كان الاختلاف قبل الدخول أو بعده إلا أنه لا يجب مهر المثل بالتحالف قبل الدخول، وإنما تجب المتعة[4].

د- وذهب مالك إلى أنه إن كان الاختلاف قبل الدخول وادعى كل منهما ما يشبه أن يكون مهراً، تحالفا وفسخ النكاح، وإذا أتى أحدهما فقط بما يشبه أن يكون مهراً كان القول قوله وإن كان بعد الدخول أو الطلاق أو الموت، فالقول قول الزوج بيمينه[5].

٢- إذا اختلف الزوجان في أصل التسمية فادعى أحدهما أن المهر قد سمي فالواجب المسمى، وادعى الآخر عدم تسمية الصداق أصلاً فالواجب مهر المثل.

---

(١) المغني (٧/ ١٦٢) والهداية (١/ ٢١٢) وتبيين الحقائق (٢/ ١٥٦) وعقد الزواج وآثاره (ص٢٨٣) والبحر الرائق (٣/ ١٩٣و١٩٥و١٩٧).

(٢) السنن الكبرى (١/ ٢٥٣) والترمذي (٤/ ٥٧٠).

(٣) المغني (٧/ ١٦٥) والهداية (١/ ٢١٢، ٢١٣) وتبيين الحقائق (٢/ ١٥٨، ١٥٩).

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٢٤٢، ٢٤٣) والمهذب (٢/ ٦١) والمغني (٧/ ١٦٢، ١٦٥) وبداية المجتهد (٢/ ٢٦) والمنهاج (٣/ ٢٩٢).

(٥) المغني (٧/ ١٦٣) وبداية المجتهد (٢/ ٢٦) وجواهر الاكليل (١/ ٣٢٤) والشرح الكبير (٢/ ٣٣٣) والخرشي (٣/ ٢٩٨) وبلغة السالك (٢/ ١٢٨).

أ- فقد ذهب الحنفية إلى أنه يجب مهر المثل لأن من يقول بالتسمية مدعي والآخر منكر، فالقول قول المنكر بيمينه، وسواء في ذلك كان الاختلاف بينهما قبل الدخول أو بعده، إلا أنه في حالة الاختلاف قبل الدخول إن ثبت المسمى وجب نصف أحدهما أو بعد موتهما، وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يحكم بمهر المثل إذا كان الاختلاف بين ورثة الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر لأنه يقدر بمهر أقرانها من عشيرتها فيصعب الحكم به لفوات الوصف والوقت، وحيث حكمنا بمهر المثل فإنه يشترط ألا يزيد على ما تدعيه إن كانت هي مدعية التسمية لرضاها به ولا ينقص عما يدعيه الزوج إن كان هو مدعي التسمية، وحيث حكمنا بالمتعة فيشترط ألا تزيد على نصف ما تدعيه إن كانت هي المدعية للتسمية ولا تنقص عن نصف ما يدعيه إن كان هو مدعي التسمية قياساً على مهر المثل[1].

وقد أخذ القانون بهذا الرأي حيث نصت المادة [٥٧] على أنه: إذا وقع خلاف في تسمية المهر ولم تثبت التسمية يلزم مهر المثل، ولكن إذا كان الذي ادعى التسمية هي الزوجة فالمهر يجب ألا يتجاوز المقدار الذي ادعته، أما إذا كان المدعي هو الزوج فالمهر لا يكون دون المقدار الذي ادعاه.

ب- وذهب الحنابلة إلى أنه إن كان اختلافهما بعد الدخول، وادعت الزوجة مهر المثل أو دونه وجب لها مهر المثل من غير يمين، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي الزائد ويجب لها مهر المثل. وذلك بناء على أن البينة على من ادعى التسمية، فإذا لم يقم البينة قُبل قولُ المنكر بيمينه.

وإن كان اختلافهما قبل الدخول فالقول قول من يدعي عدم التسمية.

ج- وذهب بعض الحنابلة إلى أن القول قول الزوج مطلقاً بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق كما سبق بيانه، وخلاصة القول: أن رأي الحنابلة هنا كرأي الحنفية[2].

د- وذهب الشافعية إلى أنهما يتحالفان كاختلافهما في قدر المهر، لأن حاصله أن أحدهما يقول بوجوب مهر المثل، والآخر يقول بوجوب المسمى، وإذا تحالفا وجب مهر المثل، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وجب ما يقول به الحالف منهما، وهذا الأصح عند الشافعية[3].

هـ- وذهب المالكية[4] إلى أن القول قول الزوج بيمينه إن ادعى عدم التسمية وكان عرف بلدهم عدم التسمية أو كان بعضهم يسمى والبعض الآخر لا يسمى المهر، أما إن غلب في عرف بلدهم التسمية وادعت أن المهر مسمى فالقول قولها بيمينها.

٣- إذا اختلف الزوجان في المقبوض على حساب المهر فقال الزوج: من المهر، وقالت الزوجة: بل هو هدية أو هبة.

---

(١) تبيين الحقائق (٢/ ١٥٧)، والهداية (١/ ٢١٣).

(٢) المغني (٧/ ١٦٦).

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٢٤٣) والمهذب (٢/ ٦١).

(٤) الشرح الكبير (٢/ ٣٣٤).

أ- فقد ذهب الحنفية إلى ان القول قول الزوج في غير الطعام الذي يؤكل، إذ القول قولها فيه، لأنه المملك فكان أعرف بجهة التمليك، والظاهر يشهد له إذ أنه يسعى لاسقاط ما في ذمته إلا في الطعام المهيأ للأكل فالقول قولها استحساناً لجريان العادة بإهدائها فكان الظاهر شاهداً لها.

ب- وذهب الحنابلة إلى أن القول قول الزوج إن كان المدفوع إليها من جنس الواجب عليه، وإلا فعليها رد عوضه وتطالبه بالصداق.

ج- وحكى عن الإمام مالك أنه قال: إن كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها، لأن الظاهر معها وإلا فالقول قوله.

د- وذهب الشافعي إلى أن القول قول الزوج بيمينه، وإن لم يكن المعطى من جنس الصداق لأنه أعرف بكيفية إزالة ملكه[1].

٤- إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فادعى أنه سلمها قدراً منه وأنكرت هي ذلك، أو ادعى أنه سلمها قدراً من المهر واعترفت هي بقدر مما ادعاه فقد ذهب جمهور الفقهاء -الشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور- إلى أن القول قول الزوجة وفَصّل الإمام مالك حيث قال: إن كان ذلك قبل الدخول فالقول قول الزوجة وعلى الزوج إقامة البينة على ما يدعيه، لأن العقد أثبت المهر في ذمته، فالأصل بقاؤه في ذمته حتى يقوم الدليل على خلافه.

وإن كان الاختلاف بينهما بعد الدخول، فإن كان الاختلاف في أصل القبض بأن ادعى أنه دفع معجل الصداق وأنكرت أنه سلمها شيئاً من ذلك، فلا يسمع قولها لجريان العادة بتقديم المهر، فالعرف يستنكر قولها إن كان عرف أهل البلد أن الزوج لا يدخل حتى يدفع الصداق، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف فالقول قول الزوجة مطلقاً قبل الدخول وبعده.

وإن كان الاختلاف في مقدار المقبوض بأن ادعى قدراً زائداً واعترفت بقدر أقل منه، فعلى الزوج إقامة البينة فيما زاد، وإلا فالقول قولها بيمينها لأن الظاهر يشهد لها، إذ ثبت حقها في المهر بالعقد، وكذلك الحكم إذا كان الخلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثة الزوجين[2].

---

١) مغني المحتاج (٣/ ٢٤٤) والمغني (٧/ ١٦٥) والهداية (١/ ٢١٣) وتبيين الحقائق (٢/ ١٥٨) والبحر الرائق (٣/ ١٩٧).

٢) عقد الزواج وآثاره (ص٢٧٩) والمغني (٧/ ١٦٤) وبداية المجتهد (٢/ ٢٧) وجواهر الاكليل (١/ ٣٢٤) والشرح الكبير (٢/ ٣٣٥) وبلغة السالك مع الشرح الصغير (٢/ ١٣٢).

المطلب الثاني

في نفقة الزوجة

النفقة من الإنفاق وهو: الإخراج، ولا يستعمل إلا في الخير، وهي مشتقة من النفوق الذي هو الهلاك يقال: نفقت الدابة تنفق نفوقاً أي: ماتت ونفقت الدراهم أي: نفذت، ونفقت السلعة نفاقاً أي: راجت، وأنفق الرجل أي: افتقر، وذهب ماله.

والنفقة قسمان:

الأول: نفقة الإنسان على نفسه وهي واجبة عليه اذا قدر عليها وعليه أن يقدمها على نفقة غيره، وذلك لقوله (ﷺ): «ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك»[1].

الثاني: نفقة تجب على الإنسان لغيره، وأسباب وجوبها ثلاثة: النكاح والقرابة والملك[2] ونبدأ في الكلام على النفقة التي سببها النكاح وهي نفقة الزوجة على الزوج.

وستكلم على نفقة الأقارب والملك في الكتاب الثاني.

نفقة الزوجة على الزوج:

تجب نفقة الزوجة على زوجها بالكتاب والسنة والإجماع والقياس.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ﴾ [الطلاق: ٧].

وقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

واستنبط بعض العلماء وجوب النفقة على الزوج.

من قوله تعالى: ﴿ فَلَا يُخْرِجَنَّكُمَا مِنَ ٱلْجَنَّةِ فَتَشْقَىٰٓ ﴾[طه: ١١٧].

ولم يقل فتشقيان فدل على أن آدم عليه السلام يتعب لنفقته ونفقتها وبنوهما على سنتهما، وقوله تعالى في حق المطلقات: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق: ٦].

فإذا كانت السكنى واجبة للمطلقة فالزوجة أولى.

وأما السنة: فما روى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله (ﷺ) ذكر في خطبته في حجة الوداع فقال: «اتقوا الله في النساء فإنهن عَوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله ولهن

---

(١) صحيح مسلم.(٧/ ٨٣).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٤٢٥) وتبيين الحقائق (٣/ ٥٠) والبحر الرائق (٤/ ١٨٨) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٨).

عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» رواه مسلم.

ولخبر (ما حق زوجة الرجل عليه ؟ قال: تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا أكتسيت)[1] رواه أبو داود وعن جابر أن رسول الله (ﷺ) قال لرجل: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل شيء فلذي قرابتك»[2] رواه مسلم.

ولخبر أن هند زوج أبي سفيان بن حرب جاءت إلى النبي (ﷺ) فقالت: يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[3].

وانعقد الإجماع: على وجوب نفقة الزوجة على الزوج.

وأما القياس: فلأن المرأة محبوسة لحق الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب، فلا بد من أن ينفق عليها، لأن كل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه كالقاضي والعامل والموظف ونفقة الزوجة تشمل الطعام والإدام والكسوة وآلة التنظيف ومتاع البيت والسكنى والخادم إن كانت ممن تخدم[4].

ونتلكم الآن في نفقة الطعام والإدام ومقدارها:

تقدير النفقة:

اختلف الفقهاء في مقدار نفقة الزوجة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب الشافعية وبعض الحنفية إلى اعتبارها بحسب حال الزوج وذلك لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾ [الطلاق: ٧] فقد فرق الله سبحانه بين الموسر والمعسر، وجعلها على مقدار حال الزوج، وذهب المالكية إلى أن النفقة معتبرة بحال الزوج مع اعتبار قدر كفاية الزوجة.

المذهب الثاني: ذهب بعض الحنفية إلى اعتبارها بحال المرأة وعلى قدر كفايتها، بحيث لا تنقص بحال عن أدنى حد للكفاية، وذلك لقوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان: (خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف) فالحديث اعتبر حال الزوجة. ولقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. المعروف: الكفاية، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها، ولأنه واجب على الزوج بحكم الزوجية لم يقدره الشرع فكان معتبراً بها كالمهر وكسوتها. ويستحب للزوج الموسر وهي فقيرة أن يأكل معها لأظهار مكارم الأخلاق وحسن العشرة.

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٣٠٥) وسنن أبي داود (٢/ ٦٠٦) الترغيب والترهيب (٣/ ٥١).

(٢) صحيح مسلم (٧/ ٨٣).

(٣) سنن الدرامي (٢/ ١٥٩).

(٤) المغني (٨/ ١٩٦) وتبيين الحقائق (٣/ ٥٠) ومغني المحتاج (٣/ ٤٢٦) والهداية (٢/ ٣٩) وبداية المجتهد (٢/ ٤٦) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٨) والشرح الصغير بلغة السالك (٢/ ٣١١).

المذهب الثالث: ذهب الحنابلة وجمهور الحنفية إلى انها معتبرة بحال الزوجين معاً، وذلك جمعاً بين الأدلة وعملاً بها، وهذا أولى من العمل ببعض الأدلة دون البعض(١).

وقد جعل القانون النفقة بحسب حال الزوج حيث جاء في المادة [٧٠]: تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً وتجوز زيادتها ونقصها تبعاً لحالته على ألا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة الضروريين للزوجة.

مقدار النفقة:

ذهب الشافعية إلى أنه يجب على الموسر وهو الذي يقدر على النفقة بماله أو كسبه في كل يوم مُدّان(٢) وإن كان معسراً -وهو الذي لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب- لزمه في كل يوم مدّ، وإن كان متوسطاً لزمه مدّ ونصف، وذلك لأن الآية الكريمة التي أوجبت النفقة على الزوج لم تبين مقدارها فوجب بالإجتهاد.

وأشبه ما تقاس عليه النفقة الطعام في الكفارة لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوعة.

وأكثر ما يجب في الكفارة للمسكين مدان في فدية الأذى في الحج.

وأقل ما يجب مد هو كفارة الجماع في رمضان، وتجب النفقة عليه من قوت البلد، ويجب لها من الأدم بقدر ما تحتاج إليه من أدم البلد.

وقال القاضي من الحنابلة: الواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتباراً بالكفارات، ويختلف الموسر عن المعسر في الجودة فقط لا في المقدار، وذلك لأن الموسر والمعسر في قدر المأكول، فيما تقوم به البنية.

وذهب الحنابلة والمالكية والحنفية إلى أنها على قدر الكفاية لحديث هند زوجة أبي سفيان حيث أمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقتير، ولقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وليس من المعروف أن تعطي قدر كفايتها إن كان لا يكفيها في اليوم الواحد مدان(٣).

وقد أخذ القانون برأي الجمهور حيث جاء في المادة [٦٦] فقرة (أ): نفقة الزوجة تشمل الطعام والكسوة والسكن والتطبيب بالقدر المعروف وخدمة الزوجة التي يكون لأمثالها خدم.

---

(١) انظر المذاهب السابق في: المغني (٨/١٦٦) مغني المحتاج (٣/ ٤٢٦) والمهذب (٢/١٦١) والهداية (٢/٣٩) والمقنع (٣/ ٣٠٧) وتبيين الحقائق (٣/٥٠) والبحر الرائق (٣/١٨٨) وجواهر الاكليل (١/٤٠٢) والشرح الكبير (٢/٥٠٩) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/٣١٣).

(٢) المد: مائة وواحد وسبعون وثلاثة أسباع درهم ويقدر بملء اليدين المتوسطين.

(٣) المغني (٨/١٦٧، ١٦٩) والهداية (٢/ ٤٠) ومغني المحتاج (٣/٤٢٦) والمهذب (٢/ ١٦١) والبحر الرائق (٣/ ١٩٠) وبداية المجتهد (٢/٤٦) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٢) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٩) والمقنع (٣/ ٣٠٧) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣١٣).

المادة [٧٠]: تفرض نفقة الزوجة بحسب حال الزوج يسراً وعسراً وتجوز زيادتها ونقصها تبعاً لحالته على ألا تقل عن الحد الأدنى من القوت والكسوة.

ويرجع في تقدير الواجب على قدر الكفاية إلى اجتهاد الحاكم إن لم يتراضيا على شيء.

وجاء في المادة [٧٠]: وتلزم النفقة إما بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي. وإنما تجب النفقة للزوجة إذا لم ينفق الزوج على أهل بيته، أما إذا كان يحضر الطعام لنفسه وأهله بما فيهم الزوجة فليس لها أن تطالب بالنفقة بعد ذلك.

وقد جاء في المادة [٦٦] فقرة (ب): يلزم الزوج بدفع النفقة إلى زوجته إذا امتنع عن الانفاق عليها أو ثبت تقصيره.

نفقة الكسوة:

ويجب على الزوج كسوة زوجته بإجماع أهل العلم، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ولحديث جابر الذي سبق ذكره، ولأنها تحتاج إليها لحفظ البدن على الدوام فلزمه كالنفقة، وتعتبر نفقة الكسوة بحال الزوج عند الشافعية وبحال الزوجين عند الحنابلة وبحال الزوجة عند المالكية، وللحنفية آراء ثلاثة كآرئهم في نفقة الطعام، والراجح عندهم أنها معتبرة بحال الزوجين. وتجب الكسوة على الزوج بقدر كفاية الزوجة عند عامة الفقهاء فليس لها مقدار معين، يرجع في ذلك إلى إجتهاد الحاكم متبيناً عادة أهل بلدها[١].

وقد جعل القانون نفقة الكسوة كنفقة الطعام على حسب حال الزوج بقدر الكفاية كما جاء في المادة [٧٠]: ويجب للزوجة ما تحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة والحصير بالمعروف وعلى حسب حال الزوج.

ويجب ما تحتاج إليه من المشط والدهن للرأس، وأجرة الحمام، إن كانت عادتها دخول الحمام، ويجب عليه ثمن الخضاب والكحل والزينة والطيب إن طلبه منها، وإن لم يطلبه الزوج لم يلزمه، لأنه للزينة، وإذا كانت تتضرر بتركه كالكحل مثلاً وجب عليه إحضاره[٢].

أجرة الطبيب وثمن الدواء:

ذهب جُمهور الفقهاء[٣] إلى أنه لا يجب على الزوج أجرة الطبيب ولا شراء الأدوية، لأنه يراد

---

(١) المغني (٨/ ١٧٠) والهداية (٢/ ٣٩) ومغني المحتاج (٣/ ٤٢٩) والشرح الكبير (٢/ ٥١٣).

(٢) المغني (٨/ ١٧) والمهذب (٢/ ١٦١-١٦٢) ومغني المحتاج (٣/ ٤٣٠، ٤٣١) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٢) والشرح الكبير (٢/ ٥١٠).

(٣) المغني (٨/ ١٧) والمهذب (٢/ ١٦٢) ومغني المحتاج (٣/ ٤٣١) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٣) والشرح الكبير (٢/ ٥١٠، ٥١١) والمقنع (٣/ ٣٠٨) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣١٤).

لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستأجر عمارة الدار المستأجرة، وإنما يجب عليها في مالها، وما تقضي به مبادىء الإسلام العامة من حسن العشرة بين الزوجين والتضحية والإيثار توجب على الزوج معالجة زوجته وتطبيبها إن لم يكن معها المال ما تدفع به عن نفسها الأذى والمرض.

وقد نصت المادة [٦٦] فقرة (أ) على أن: النفقة تشمل التطبيب بالقدر المعروف. وقد أحسن بذلك فقد نص الفقهاء على وجوب إخدام الزوجة إن كانت ممن لا تخدم نفسها أو كانت مريضة، لأنه من العشرة بالمعروف، فإذا وجب الخادم فلأن يجب تطبيبها من باب أولى، لأن في عدم تطبيبها فوات بدنها وسقم حياتها، وإذا كان يلحقها بفوات الخادم مشقة ففي عدم تطبيبها أحياناً فوات النفس فكان أولى.

وقد أصبح التطبيب يكلف مبالغ باهظة ولم يعد قاصراً كما كان في السابق على بعض الأدوية من الأعشاب أو غيرها ولو عاش فقهاؤنا الأجلاء عصرنا لقالوا بهذا والله أعلم بالصواب.

وإذا كانت المرأة في حاجة إلى طبيب أو قابلة من أجل الولادة وجب على الزوج أن يدفع الأجرة وثمن العلاج والنفقات التي تستلزمها الولادة لأنها بسبب منه.

وقد نصت المادة [٧٨] على أن: أجرة القابلة والطبيب الذي يستحضر لأجل الولادة عند الحاجة إليه، وثمن العلاج والنفقات التي تستلزمها الولادة على الزوج بالقدر المعروف حسب حاله سواء كانت الزوجية قائمة أو غير قائمة.

نفقة الخادم:

إذا كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها بأن كانت من ذوات الأعذار أو مريضة وجب لها خادم، وذلك لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩].

ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها، ولا يجب لها أكثر من خادم واحد عند جمهور العلماء، لأن المستحق خدمتها في نفسها، وذلك يحصل بخادم واحد[١].

وقال مالك وأبو يوسف وأبو ثور: إن كانت تحتاج لأكثر من خادم فيجب على الزوج، لأنها قد تحتاج لخادم لمصالح الداخل وآخر لمصالح الخارج.

وإذا قالت أنا أخدم نفسي وآخذ أجر الخادم لم يلزم الزوج قبول ذلك، لأن في إخدامها توفيرها على حقوقه وترفيهها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها.

وإن قال الزوج أنا أخدمك بنفسي فهل يلزمها قبول ذلك؟

ذهب بعض الحنابلة وبعض الشافعية والحنفية إلى أنه يلزمها الرضا به لوقوع الكفاية بخدمته، وذهب

---

(١) لايجوز أن يكون الخادم إلا امرأة أو ذا رحم محرم لأنه يحرم اختلاء الأجنبي واختلاطه بها والنظر إليها لعدم أمن الفتنة. انظر: المهذب (٢/ ١٦٢).

بعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى أنه لا يلزمها، لأنها تحتشمه فلا تستوفي حقها من الخدمة[1].

وقد أخذ القانون بما ذهب اليه عامة الفقهاء من وجوب اخدام الزوجة التي يكون لأمثالها خدم كما جاء في المادة [٦٦] فقرة (أ).

وذهب المالكية[2] إلى أنه يجب على الزوجة أن تقوم بخدمة البيت الباطنة إن لم تكن أهلاً للإخدام؛ كالعجن، والفرش، والطبخ، والتنظيف. ولا تجب عليها الخدمة الظاهرة كالنسج والغزل والخياطة والطرز ولو جرت بها العادة.

وإذا وجب على الزوج خدمة الزوجة -إن كانت ممن تخدم- وقامت في نفس الزوج ريبة تضر به في الدين أو الدنيا فلا يقضى لها بخادم.

وإنني أميل إلى ما ذهب إليه المالكية، لأن الحياة الزوجية حياة تعاونية وليس من العشرة بالمعروف أن يكد الرجل ويعمل ليله ونهاره من أجل سعادة أسرته وزوجته ثم يرجع إلى البيت فلا يجد طعاماً مهياً له، وما كان عليه حال النبي (ﷺ) وصحابته مع أزواجهم يفيد هذا التعاون بل والتضحية فقد قسم النبي (ﷺ) العمل بين علي بن أبي طالب وفاطمة رضي الله عنهما فجعل عليها طحن الطعام وتهيأته وجعل على علي العمل خارج البيت، وتقول أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها كانت للزبير فرس أقوم عليها وأخدمها خدمة البيت كله.

شروط وجوب النفقة:

تجب النفقة بشرطين:

الأول: أن يكون بين الزوجين عقد نكاح صحيح ولو مع اختلاف الدين بينهما فتجب نفقة الزوجة الكافرة الكتابية على زوجها المسلم فإذا لم يكن بينهما عقد بأن وطئها وطء شبهة فلا نفقة لها عليه إذا لم يكن حمل، وإن كان حمل وجبت النفقة للحمل لا للحامل وإذا كان بينهما عقد فاسد لم تجب النفقة أيضا وكذلك إذا تبين أن العقد كان فاسداً لم تجب النفقة على الواطىء كمن تزوج امرأة ثم تبين أنها أخته رضاعاً فإن فرضت عليه النفقة من قبل القاضي ثم تبين فساد العقد رجع عليها بما انفق، لأنه كان يعطيها النفقة جزاء الاحتباس في عقد صحيح، وقد تبين فساد العقد وليس متبرعاً، لأن القضاء ألزمه بالنفقة وإن كان يعطيها النفقة من غير فرض قاض ثم تبين فساد العقد فلا يرجع عليها بما انفق لأنه متبرع[3].

---

(١) فيما سبق انظر: المغني (٨/ ١٧١) والهداية (٢/ ٤١) والمهذب (٢/ ١٦٢) ومغني المحتاج (٣/ ٤٣٢) وتبيين الحقائق (٣/ ٥٤) وبداية المجتهد (٢/ ٤٧) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٢) والشرح الكبير (٢/ ٥١٠) والخرشي (٤/ ١٨٦) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣١٥) والمقنع (٣/ ٣٠٨).

(٢) جواهر الاكليل (١/ ٤٠٣) والشرح الكبير (٢/ ٥١١) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣١٦) والخرشي (٤/ ١٨٧).

(٣) الهداية (٢/ ٣٩) والمغني (٨/ ٢١٠) والمهذب (٢/ ١٥٩، ١٦٠، ١٦٥).

الثاني: التمكين من الاستمتاع[1] ونبين هذا بشرح الصور التالية:

أ- امتنعت من التمكين حتى تقبض معجل الصداق

إذا امتنعت من تسليم نفسها، فإن كان بغير حق شرعي فلا نفقة لها، وإن امتنعت حتى تقبض معجل مهرها فلها النفقة إن كان ذلك قبل الدخول، لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يستوفي منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها، فكان امتناعها بحق ولأنه لمعنى جاء من قبل الزوج لا الزوجة[2].

وإذا دخل بزوجته ثم امتنعت من التسليم حتى تقبض معجل المهر تجب لها النفقة عند أبي حنيفة وبعض الحنابلة، ولأنه امتناع بحق وتسقط النفقة عند صاحبي أبي حنيفة وبعض الحنابلة إلا إذا كانت دون البلوغ وقد سلمها للزوج أبوها لعدم صحة تسليم الأب[3].

ب- التسليم والزوج غائب:

إذا عرضت على الزوج تسليم نفسها وهو غائب لم تستحق النفقة لأنها سلمت نفسها في حال لا يمكنه الاستلام فيه، ولكن إن مضت مدة يمكنه فيها الحضور ولم يحضر وجبت النفقة من الوقت الذي يمكنه الوصول فيه لا من وقت عرض التمكين[4]

ج- إذا لم يطلب الزوج ولم تعرض نفسها عليه أو عرضت التسليم بشرط:

وإذا لم يطلبها الزوج ولم تعرض نفسها عليه بأن سكتا، لم تلزمه النفقة أيضاً، وإن أقاما زماناً، لأن النبي (ﷺ) تزوج عائشة ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله، ولم يلتزم نفقتها لما مضى.

وإذا عرضت تسليم نفسها بشرط كأن تشترط عليه التسليم في موضع معين دون موضع ولم يكن ذلك شرطاً في العقد لم تجب لها النفقة وإن كان شرطاً في العقد فسلمت نفسها على شرط العقد وجبت النفقة[5].

وقد نصت المادة [٦٧] على وجوب النفقة حيث جاء فيها: تجب النفقة للزوجة على الزوج ولو مع اختلاف الدين من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها بالنقلة وامتنعت بغير حق شرعي ولها حق الامتناع عند عدم دفع الزوج لها مهرها المعجل أو عدم تهيئة سكن شرعي لها.

د- نفقة الصغيرة:

إذا سلمت الزوجة نفسها أو سلمها وليها وهي صغيرة فإن كانت لا يوطأ مثلها فلا نفقة لها عند جمهور العلماء، وللشافعية رأيان أحدهما لا تجب النفقة كالجمهور، لأنه لم يوجد التمكين التام من

---

(١) الشرح الكبير (٢/ ٥٠٨) والخرشي (٤/ ١٨٢) والشرح الصغير(٢/ ٣١٢) وبلغة السالك (٢/ ٣١٢).

(٢) المغني (٨/ ٢٠٤) والهداية (٢/ ٤٠) وتبيين الحقائق (٣/ ٥٢) والمقنع (٣/ ٣١٣).

(٣) تبيين الحقائق (٣/ ٥٢) والمقنع (٣/ ٣١٣).

(٤) المغني (٨/ ٢٠٢) والمهذب (٢/ ١٥٩) ومغني المحتاج(٣/ ٤٣٦) والمقنع (٣/ ٣١٣).

(٥) المراجع السابقة.

الاستمتاع وثانيهما: تجب، لأنها سلمت نفسها من غير منع ولا تأثير لعدم الاستمتاع بها قياساً على الحائض والنفساء والمريضة والرتقاء فإنها لا يستمع بها ولها النفقة.

وقال أبو يوسف: إذا كانت الصغيرة تصلح للخدمة والاستئناس فنقلها إلى بيته، فتجب لها النفقة.

وإذا كان الزوجان صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها، لأن العجز من قبلها فصار كالمجبوب والعنين إذا كانت تحته صغيرة[1].

هـ- نفقة الكبيرة على الصغير:

إذا سلمت الزوجة نفسها وهي كبيرة والزوج صغير، وجبت لها النفقة في ماله عند الحنفية والحنابلة وهو قول للشافعي، لأنها سلمت نفسها والاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر من جهة الزوج كما لو تعذر التسليم لمرضه أو غيبته.

وذهب مالك والشافعي في قول آخر إلى أنه لا نفقة لها، لأن الزوج لا يتمكن من الاستمتاع بها[2] وقد سبق القول أن القانون لم يجز زواج الصغير أو الصغيرة ولذا لم يتعرض لنفقة الصغيرة.

و- نفقة المريضة ومن بها عذر يمنع من الاستمتاع:

إذا سلمت نفسها وهي مريضة أو رتقاء أو حائض أو نفساء أو عجوز لا يمكن وطؤها وجبت لها النفقة، لأنه وجد التمكين من الاستمتاع، وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه إلى تفريط، وكذلك إذا حدث شيء من هذا بعد التسليم وهذا رأي الشافعية والحنابلة.

وفَصّل الحنفية في المريضة: فالمريضة التي لم تزف لا تجب لها النفقة لعدم الاحتباس لأجل الاستمتاع بها، ولو سلمت نفسها وهي مريضة لا تجب نفقتها. وأما إذا مرضت بعد التسليم تجب لها النفقة، روى هذا عن أبي يوسف، وذلك: استحساناً على خلاف القياس. إذ القياس أنه لا تجب لها النفقة، ووجه الاستحسان أنه ينتفع بها انتفاعاً مقصوداً بالنكاح وهو الجماع أو دواعيه والاستئناس بها وحفظ البيت، والمرض مانع على شرف الزوال فصار كالحيض والنفاس[3].

ز- المحبوسة في الدَّين والمغصوبة:

إذا حبست الزوجة في دين عليها فإن كانت تقدر أن تخلي بينه وبينها في الحبس فلها النفقة وإن كانت لا تقدر على ذلك فلا نفقة لها هذا إذا حبست قبل النقلة للزوج.

---

(١) المقنع (٣/٣١٢) والخرشي (٤/١٨٣) وبداية المجتهد (٢/٤٦) وجواهر الاكليل (١/٤٠٢) والشرح الكبير (٢/ ٥٠٨).

(٢) فيما سبق انظر: المهذب (٢/ ١٥٩) والمغني (٨/ ٢٠١-٢٠٣) وتبيين الحقائق (٣/ ٥٢) والهداية(٢/ ٤٠) ومغني المحتاج (٣/٤٣٨) وبداية المجتهد (٢/٤٦) وجواهر الاكليل (١/٤٠٢) والشرح الكبير (٢/٥٠٨) والخرشي (٤/١٨٣) والمقنع(٣/٣١٣).

(٣) تبيين الحقائق (٣/٥٣) والهداية (٢/ ٤٠) والمهذب (٢/١٥٩) والمغني (٨/٢٠٣) ومغني المحتاج (٣/ ٤٣٧) والمقنع (٣/ ٣١٢).

وإذا حبست بعد النقلة قال الكرخي: لم تبطل نفقتها، لأن المنع غير مضاف إليها فلا يؤثر في إسقاط حقها كالحيض والنفاس. وقال القدوري: ما ذكره الكرخي محمول على ما إذا كانت لا تقدر على قضاء الدين، أما اذا كانت تقدر على قضائه فلم تقض حتى حبست فلا نفقة لها، لأنها هي التي حبست نفسها، وروي هذا عن أبي يوسف، وقال بعضهم: لا تجب لها النفقة مطلقاً من غير فصل.

وإذا غصبت المرأة فلا نفقة لها لأنه قد فات الاستمتاع بها بسبب ليس من جهة الزوج، وعن أبي يوسف أنها تستحق النفقة للسبب الذي ذكر في المحبوسة[1].

وقال المالكية[2] لا تسقط نفقة الزوجة إن حبست في حق عليها، لأن المانع ليس من جهتها.

حبس الزوج بدين أو حق:

إذا حبس الزوج أو هرب فلها النفقة لأن المانع ليس من جهتها[3].

ولم ينص القانون على نفقة الزوجة المريضة ومن بها عذر يمنع الاستمتاع، ونفقة المحبوسة والمغصوبة والنفقة على الزوج المحبوس وما لا نص فيه يؤخذ فيه بالراجح من مذهب أبي حنيفة عملا بالمادة [١٨٣].

ح- إسلام أحد الزوجين وبقاء الآخر على الكفر

إذا أسلمت المرأة بعد الدخول ولم يسلم الزوج فرق بينهما ولها النفقة في زمن العدة، لأنه تعذر الاستمتاع بسبب من جهته وهو قادر على إزالته وهو رأي الجمهور.

وللشافعية رأيان: رأي كالسابق، والآخر لا نفقة لها، لأنه امتنع الاستمتاع بها لمعنى من جهتها، والصحيح عند الشافعية الأول.

وإذا أسلم الزوج بعد الدخول وبقيت الزوجة محبوسة أو وثنية سقطت نفقتها، لأنها منعت الاستمتاع بمعصية.

وإذا ارتد الزوج بعد الدخول لم تسقط نفقتها، لأن المنع من جهته، وهو قادر على إزالته، وإن ارتدت الزوجة سقطت نفقتها لأن المنع من جهتها[4].

ولم ينص القانون أيضاً على هذا ويرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية.

ط- سفر الزوجة بغير إذن الزوج

إذا سافرت الزوجة بغير إذن الزوج سقطت نفقتها، لأنها ناشز سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً، وكذلك إذا انتقلت من منزله بغير إذنه.

---

(١) تبيين الحقائق (٣/ ٥٣) والهداية (٢/ ٤٠).

(٢) جواهر الاكليل (١/ ٤٠٤) والشرح الكبير(٢/ ٥١٧) والخرشي (٤/ ١٩٥).

(٣) تبيين الحقائق (٣/ ٥٣)والخرشي(٤/ ١٩٥)وجواهر الاكليل(١/ ٤٠٤)والشرح الكبير(٢/ ٥١٧).

(٤) المهذب (٢/ ١٦٠) وحاشية الشلبي مع تبيين الحقائق (٣/ ٥٣) والمغني (٨/ ٢١٢).

وإذا سافرت بإذن الزوج فإن كان معها وجبت نفقتها، لأنها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته، وإن لم يكن معها فإن كان السفر بإذنه لقضاء حاجته فلها النفقة.

وإن سافرت بإذن لحاجتها ففي ذلك رأيان عند الشافعية والحنابلة:

الأول: لها النفقة لأنها مسافرة بإذنه، فأشبه ما لو سافرت لحاجته، والثاني: لا نفقة لها لأنها فَوَّتت التمكين وسواء فيما سبق سفر التجارة وزيارة الأقارب[1].

السفر للحج:

إذا سافرت لأداء فريضة الحج بغير إذن الزوج مع غيره فلا نفقة لها عند الشافعية ومحمد بن الحسن، لأنها منعت حق الزوج، وهو على الفور، بما هو على التراخي، وقال أبو يوسف والحنابلة والمالكية: لها النفقة إذا حجت بعد تسليم نفسها، لأن الحج واجب على الفور، وقد فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها كما لو صامت رمضان.

وإن سافرت بإذن الزوج مع غيره فللشافعية رأيان كما لو سافرت بإذنه لحاجتها، وإن سافرت لحج نافلة بغير إذنه فلا نفقة لها، وإن سافرت بإذنه فلها النفقة عند المالكية، وفي وجوب نفقتها وجهان عند الشافعية والحنابلة، وإن منعت نفسها بصوم رمضان أو قضائه لم تسقط نفقتها لأن ما استحق بالشرع لا حق للزوج في زمانه[2].

ي- نفقة المرأة العاملة:

إذا خرجت المرأة للعمل بغير إذن زوجها فلا نفقة لها، وإن أذن لها بالعمل فله حق الرجوع عن الإذن متى شاء فإن رفضت سقطت نفقتها ولا حق للزوج في مال الزوجة وإن أذن لها بالعمل وجب عليه نفقتها، وقد استقر عمل المحاكم الشرعية على أنه ليس للزوج منع الزوجة من العمل إذا تزوجها وهي تعمل، ولا يعتبر خروجها للعمل نشوزاً.

وقد استمر العمل بهذا إلى أن صدر القانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١ حيث تم إلغاء نص المادة (٦٨) التي تنص على أنه (لا نفقة للزوجة التي تعمل خارج البيت بدون موافقة الزوج) واستعيض عنها بالمادة (٦٨) التي تنص على مايلي:

تستحق الزوجة التي تعمل خارج البيت نفقة بشرطين:

أ - أن يكون العمل مشروعا.

ب - موافقة الزوج على العمل صراحة أو دلالة، ولا يجوز له الرجوع موافقته إلا لسبب مشروع ودون أن يلحق بها ضرراً.

---

(١) المهذب (٢/ ١٦١) والمغني (٨/ ٢٠٤) ومغني المحتاج (٣/ ٤٣٧) وتبيين الحقائق (٣/ ٥٣) والمقنع (٣/ ٣١٣).

(٢) تبيين الحقائق (٣/ ٥٣) والهداية (٢/ ٤٠) والمهذب (٢/ ١٦) والمغني (٨/ ٢٠٥) ومغني المحتاج (٣/ ٤٣٨) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٤) والشرح الكبير (٢/ ٥١٧) والخرشي (٤/ ١٩٥) والمقنع (٣/ ٣١٣). =

وجاء في الأسباب الموجبة للتعديل لمعالجة حالات وقعت في التطبيق العملي حصل فيها تعسف من قبل الزوج في استعماله لحقه في منع الزوجة من العمل دون مسوغ ولا شك أن هذا التعديل جاء محققاً للعدل مانعاً للتعسف.

نشوز[1] الزوجة وعودتها للطاعة:

إذا خرجت الزوجة من بيت زوجها بغير إذنه من غير حاجة ماسّة كانهدام البيت فلا نفقة لها، وكذلك إذا عملت بغير إذن الزوج، وإذا لم تمكن الزوج من نفسها بالوطء وهي في البيت لم تسقط نفقتها لوجود الاحتباس لحقه، ولأن الظاهر أنه يقدر على ذلك، ولو كانا يسكنان في منزل الزوجية فمنعته من الدخول عليها فناشز لا نفقة لها إلا إذا سألت النقلة ولم يفعل، ومتى عادت الناشز إلى منزل الزوجية وجبت النفقة.

وإذا نشزت الزوجة ثم عادت للطاعة والزوج غائب فلا تجب النفقة حتى يمضي زمان لو سافر فيه لقدر على الوصول والاستمتاع بها، وذلك بعد أن يكتب إليه الحاكم يعلمه بطاعة الزوجة.

وإذا خرجت لزيارة أقارب أو جيران لعياداتهم أو تعزيتهم في غيبة الزوج لم تسقط نفقتها إذ لا يعد ذلك نشوزاً عرفاً[2]، ما لم ينهها عن ذلك.

وذهب المالكية[3] إلى أنه ليس للزوج أن يمنع أبويها من زيارتها ولا ولدها من غيره، فلهم أن يدخلوا إليها في كل يوم مرة لتنظر حالهم إن كانوا صغاراً، وفي كل أسبوع مرة إن كانوا كباراً، ولوالديها الدخول في كل أسبوع مرة فإن اتهمهم بإفسادها عليه دخلوا مع امرأة أمينة من طرفه، وأجرتها عليه.

وقد نصت المادة [٦٩] على سقوط النفقة بالنشوز وعرفت النشوز حيث جاء فيها: إذا نشزت الزوجة فلا نفقة لها، والناشز التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر، ويعتبر من المسوغات المشروعة لخروجها من المسكن إيذاء الزوج لها بالضرب أو سوء المعاشرة.

وإذا طلقت المرأة حال نشوزها لم تجب لها نفقة العدة أيضاً وهذا ما نصت عليه المادة [٨١]: ليس للمطلقة في نشوزها نفقة عدة.

وما لم ينص عليه في المادتين سالفتي الذكر من النشوز وعدمه يرجع فيه للراجح من مذهب أبي حنيفة عملاً بالمادة [١٨٣].

---

(١) النشوز معصية الزوجة لزوجها في ما له عليها مما أوجبه له النكاح وأصله من الإرتفاع مأخوذ من النشز وهو المكان المرتفع فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها فسمت ناشزاً؛ المغني (٨/ ٢١١).

(٢) المهذب (٢/ ١٦١) وتبيين الحقائق (٣/ ٢٥) والهداية (٢/ ٤٠) والمغني (٨/ ٢١١) ومغني المحتاج (٣/ ٤٣٧، ٤٣٨) وبداية المجتهد (٢/ ٤٧) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٤) والشرح الكبير (٢/ ٥١٤) والخرشي (٤/ ١٩١) والمقنع (٣/ ٣١١، ٣١٣).

(٣) جواهر الاكليل (١/ ٤٠٣) والشرح الكبير (٢/ ٥١٢) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣١٧) والخرشي (٤/ ١٨٧).

سقوط النفقة بمضي المدة

إذا وجبت النفقة للزوجة على الزوج ولم ينفق عليها فهل تكون ديناً في ذمة الزوج؟

ذهب الشافعية ومالك[1] وأحمد في أظهر الروايتين عنه[2] إلى أنها تصير ديناً في ذمته ولا تسقط بمضي المدة، لأنه مال يجب على سبيل البدل في عقد معارضة فلا تسقط بمضي الزمان كالثمن والأجرة والمهر، ولأن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى.

وعلى ذلك: يصح ضمان ما وجب من النفقة وما يجب في المستقبل، وقال الشافعي: يصح ضمان ما وجب، وفي ضمان المستقبل وجهان بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين؟ قال في القديم: تجب بالعقد، وفي الجديد: تجب بالتمكين من الاستمتاع.

وذهب أبو حنيفة وأحمد في الرواية الثانية[3] إلى أن النفقة الماضية لا تجب إلا بالقضاء أو الرضا بأن صالحت الزوج على مقدار منها، لأن النفقة تجب يوماً فيوماً، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الأقارب، ولأنها صلة فلا تملك إلا بالقبض كمرتب الموظف، ولأن نفقة الماضي قد استغنى عنها بمضي وقتها فتسقط كنفقة الأقارب.

وإذا مات أحد الزوجين سقطت النفقة التي حكم القاضي بها عن المدة الماضية، لأن النفقة صلة، والصلات تسقط بالموت كالهبة والجزية، هذا إذا لم يكن القاضي قد أمرها بالاستدانة، فإن كان قد أمرها بالاستدانة لم تسقط بموت أحدهما، لأن لها شبه بالدين والديون لا تسقط بالموت[4].

وقد أخذ القانون برأي الحنفية في سقوط نفقة المدة الماضية حيث جاء في المادة [٧٠]: وتلزم النفقة إما بتراضي الزوجين على قدر معين أو بحكم القاضي وتسقط نفقة المدة التي سبقت التراضي أو الطلب من القاضي.

تعجيل النفقة

تجب النفقة على الزوج في صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس، لأنه أول وقت الحاجة، فإذا اتفقا على تأخيرها جاز كالدَّين، وإن اتفقا على تعجيلها جاز أيضاً ليس في ذلك خلاف بين أهل العلم، فإذا عجل لها نفقة شهر أو عام ثم طلقها أو ماتت قبل انقضائه أو بانت منه بفسخ أو إسلام أحدهما أو ردّته

---

(١) مذهب المالكية أن النفقة تسقط باعسار الزوج ولا ترجع الزوجة بالنفقة عليه بعد يسره وأما إن كان الزوج موسراً ولم ينفق زمن يساره ثم أعسر طالبته الزوجة بالنفقة زمن يساره إذ الإعسار لايسقط إلا زمنه، انظر: الشرح الكبير (٢/ ٥١٧) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٥) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣٢٣) والخرشي (٤/ ١٩٥).

(٢) المهذب (٢/ ١٦٤) والمغني (٨/ ١٧٩) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٥) والشرح الكبير (٢/ ٥١٧) والخرشي (٤/ ١٩٥) ومغني المحتاج (٣/ ٤٤١) والمقنع (٣/ ٣١٧).

(٣) تبيين الحقائق (٣/ ٥٥) والهداية (٢/ ٤١) والمغني (٨/ ١٧٩) والمقنع (٣/ ٣١٧).

(٤) تبيين الحقائق (٣/ ٥٦) والهداية (٢/ ٤٢).

فللزوج أن يسترجع نفقة ما بقي من الشهر عند الشافعية والحنابلة ومحمد بن الحسن لأنه سلم إليها النفقة سلفاً عما يجب، فإذا وجد ما يمنع الوجوب ثبت الرجوع كما لو أسلفها إياها فنشزت.

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا يسترجعها لأنها صلة، فإذا قبضتها لم يكن له الرجوع فيها كصدقة التطوع. وعلى هذا الخلاف في الكسوة[1].

وقد أخذ القانون برأي الحنفية في عدم استرداد ما عجله من النفقة حيث جاء في المادة [٧٢]: النفقة تكون معجلة بالتعجيل وإذا حدثت وفاة أو طلاق بعد استيفاء الزوجة فلا يجوز استردادها.

تعديل النفقة

إذا فرض القاضي للزوجة النفقة وزادت الأسعار فلم تعد النفقة كافية أو نقصت الأسعار فطلب الزوج انقاص النفقة لم تسمع الدعوى بذلك قبل مضي ستة أشهر على النفقة ما لم يحدث طوارىء استثنائية.

فقد جاء في المادة [٧١] لا تسمع دعوى الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي ستة أشهر على فرضها ما لم تحدث طوارىء استثنائية كارتفاع الأسعار.

استبدال الزوجة للكسوة أو بيعها

يجب على الزوج دفع الكسوة إلى الزوجة في كل عام مرة عند الحنابلة، وقال الشافعية والمالكية: تجب في كل ستة أشهر فتكسى في الشتاء ما يناسبه، وفي الصيف ما يناسبه، واستدل كل منهم بالعرف والعادة، وتدفع في أول الوقت، وإذا بَلِيت الكسوة فهل يجب عليه إبدالها؟ ذهب الحنابلة إلى أنه يجب إبدالها إن بليت في الوقت الذي يبلى فيه مثلها. ولا يجب إبدالها عند الشافعية قياساً على نفقة الطعام، فإنها إذا نفذت قبل الوقت لم يجب بدلاً عنها.

وإذا انقضت المدة والكسوة باقية فهل يلزمه إبدالها؟ في ذلك وجهان عند الشافعية والحنابلة: الأول: لا يلزمه تجديدها، لأن الكسوة مقدرة بالكفاية وهي مكفية، والثاني: يلزمه تجديدها وهو الصحيح لأن الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة. ولو أهدى إليها كسوة لم تسقط كسوتها.

وإذا دفع إليها الكسوة فأرادت بيعها واستبدالها بأخرى أو التصدق بها، وكان ذلك يضر بها أو يخل بتجميلها أو بسترتها لم يجز لها، ذلك لأن للزوج حظاً في جمالها، وعليه ضرر في ذلك، وإن لم يؤد إلى المحاذير السابقة جاز[2].

إعسار الزوج بالنفقة

إذا أعسر الزوج فلم يستطع الإنفاق على زوجته فقد ذهب جمهور الفقهاء[3] إلى أن للزوجة أن

---

(١) المغني (٨/ ١٧٣) وتبيين الحقائق (٣/ ٥٦) والهداية (٢/ ٤٢) والمهذب (٢/ ١٦٢) ومغني المحتاج (٣/ ٤٣٥) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٣).

(٢) المغني (٨/ ١٧٤) والمهذب (٢/ ١٦٣).

(٣) المهذب (٢/ ١٦٣) والمغني (٨/ ١٧٥) وتبيين الحقائق (٣/ ٥٤) والهداية (٢/ ٤١) ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٥) وبداية =

تطلب الطلاق أو أن تصبر عليه والطلاق بسبب إعسار الزوج بالنفقة يقع رجعياً بعد الدخول وبائناً قبله.

واستدلوا:

١- بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[البقرة: ٢٢٩].

وليس من الإمساك بالمعروف أن يتركها دون نفقة فتعين التسريح بإحسان.

٢- ولما روى أبو هريرة من قوله (ﷺ): (ابدأ بمن تعول، فقال: من أعول يا رسول الله؟ قال: امرأتك تقول: أطعمني أو فارقني) الحديث رواه البخاري ومسلم.

٣- ولما روى أبو هريرة أن النبي (ﷺ) قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما[1].

٤- ولما روي عن أبي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال: نعم قال: سنة، وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله (ﷺ)[2].

٥- وقد ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى[3].

٦- ولأنه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى.

وذهب أبو حنيفة وبعض الفقهاء[4] إلى أنها لا تملك أن تطلب فسخ النكاح للإعسار بالنفقة وتؤمر بالاستدانة على الزوج إن كانت فقيرة وإلا أنفقت من مالها ورجعت به على الزوج، وللدائن أن يطالب كلاً من الزوج أو الزوجة فإن لم تجد مَن تستدين منه كانت نفقتها واجبة على من يجب عليه أن ينفق عليها لو لم تكن متزوجة، ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويحبس قريبها إذا امتنع من الانفاق عليها، وهذا كله إذا كانت معسرة، أما إذا كانت الزوجة موسرة فتجب عليها في مالها، وتكون ديناً على الزوج يدفعه إذا أيسر.

واستدل الحنفية لما ذهبوا إليه:

١- بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وهذا عام يدخل تحته كل معسر، ومنه إعسار الزوج بالنفقة.

٢- وبقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧].

= المجتهد (٢/ ٤٤) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٥) والشرح الكبير (٢/ ٥١٨) والخرشي (٤/ ١٩٦) المقنع (٣/ ٣١٥) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣٢٣).

(١) السنن الكبرى (٧/ ٤٧٠).

(٢) السنن الكبرى (٧/ ٤٦٩) والمصنف (٧/ ٩٦).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ٤٦٩).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٤٤) والمقنع (٣/ ٣١٥).

وهذا دليل على أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالإنفاق فلا يجب عليه الإنفاق في هذه الحالة.

٣- ولأن في فسخ الزواج إبطال لحق الزوجة بالكلية، وفي الأمر بالاستدانة تأخير لحقها وهو أهون من الإبطال فكان أولى.

ورد الحنفية على ما استدل به الجمهور بأن حديث أبي هريرة لا حجة فيه لأنه ورد أنهم قالوا لأبي هريرة: سمعت هذا من رسول الله (ﷺ) قال: لا، هذا من كيس أبي هريرة. ولأنه ليس فيه إلا حكاية قول المرأة أطعمني أو فارقني وليس فيه دلالة على أن الفراق واجب عليه إذا طلبت، ذلك والحديث الثاني ضعيف، لأن في سنده عبد الباقي بن قانع وهو ضعيف، ولا حجة في كتاب عمر، لأن مذهبه إسقاط طلبها بالفسخ كما ذكره ابن حزم، ولأن كتابه كان إلى القادرين على النفقة ولهذا أمرهم أن يوفوا بالبقية من النفقة الماضية، ولا يصح القياس على الجبّ والعُنَّة لأنه يفوت بهما مقصود النكاح وهو التوالد، والمال تابع فلا يلحق بما هو أصل، والنفقة لا تفوت بل تكون ديناً في ذمته، وتستدين عليه، وبهذا تبين أن الامساك بالمعروف لم يفت لأن كل واحد مخاطب بما عنده[1].

ومما سبق يتبين رجحان ما ذهب إليه الحنفية.

وإذا رضيت الزوجة بإعسار الزوج ثم بدا لها فسخ الزواج فلها ذلك عند الشافعي والحنابلة، وقال مالك وأحمد في رواية عنه: ليس لها طلب الفسخ لأنها رضيت به[2].

امتناع الزوج عن الانفاق على الزوجة مع يساره:

إذا كان الزوج موسراً وامتنع عن الإنفاق على زوجته، فإن قدرت له على مال أخذت منه قدر حاجتها، لأن النبي (ﷺ) أمر هند أن تأخذ من مال أبي سفيان ما يكفيها وولدها وليس لها الفسخ، وإن لم تقدر رفعت الأمر للقاضي فيأمره القاضي ويجبره على الإنفاق عليها، فإن أبى حبسه حتى ينفق، فإن صبر على الحبس أخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن لم يجد إلا عروضاً أو عقاراً باع منها الحاكم ودفع لها النفقة عند جمهور الفقهاء وصاحبي أبي حنيفة، وقال أبو حنيفة: النفقة في ماله من الدنانير والدراهم ولا يبيع عرضاً إلا بتسليم، لأن بيع مال الإنسان الرشيد لا ينفذ إلا بإذنه[3].

رأي القانون في الامتناع أو الإعسار بالنفقة:

إذا امتنع الزوج عن النفقة على زوجته وهو موسر فرض القاضي لها النفقة اعتباراً من يوم طلب الزوجة للنفقة ويأمر بدفعها سلفاً للأيام التي يعينها. وذلك كما جاء في المادة [١٣٠].

وإذا أعسر الزوج بالنفقة وطلبت النفقة فرض القاضي لها النفقة من يوم الطلب وتكون ديناً في ذمة الزوج، وللزوجة أن تستدين على حساب الزوج إذا أذن لها القاضي بذلك وإذا لم تجد من تستدين منه

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) المغني (٨/ ١٧٧، ١٧٩) والمهذب (٢/ ١٦٣) ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٥).

(٣) المراجع السابقة والمقنع (٣/ ٣١٨).

وجبت نفقتها على من تجب عليه نفقتها. فيما لو فرضت غير ذات زوج ويكون له حق الرجوع بها على الزوج. وهذا ما جاء في المادتين [٧٤، ٧٥].

ويلاحظ أن القانون قد أخذ برأي الحنفية فيما سبق إذا لم تطلب الزوجة الطلاق. أما إذا طلبت الزوجة الطلاق لإعسار الزوج أو امتناعه عن النفقة أجابها القاضي إلى ذلك وقد افترض القانون يسار الزوج إلا إذا ثبت عكس ذلك، ويطلق القاضي عليه من غير إمهال إذا ثبت يساره أو عجز عن إثبات إعساره أما إذا أثبت أنه معسر أمهله القاضي مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك، وهذا هو رأي الجمهور القائلين بالطلاق للإعسار، وذلك كما جاء في المادة [١٢٧].

وإذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة نفذ القاضي حكم النفقة في ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال أعذر إليه القاضي وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل المضروب.

وإذا كان غائباً غيبة بعيدة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي بلا إعذار وضرب أجل. والطلاق قبل الدخول يقع بائناً وبعد الدخول يقع رجعياً، وللزوج مراجعة الزوجة في حالة الطلاق الرجعي إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم عليه من النفقة وباستعداده للإنفاق عليها فعلاً في أثناء العدة.

وهذا نص مواد القانون المشار إليها:

المادة [٧٣]: إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة النفقة يقدر القاضي نفقتها اعتباراً من يوم الطلب ويأمر بدفعها سلفاً للأيام التي يعينها.

المادة [٧٤]: إذا عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته وطلبت الزوجة نفقة لها يقدرها القاضي من يوم الطلب على أن تكون ديناً في ذمته ويأذن للزوجة أن تستدين على حساب الزوج.

المادة [٧٥]: إذا حكم للزوجة بنفقة على الزوج وتعذر تحصيلها منه يلزم بالنفقة من تجب عليه نفقتها فيما لو فرضت غير ذات زوج ويكون له حق الرجوع بها على الزوج.

المادة [١٢٧]: إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال، ولم يقل أنه معسر أو موسر وقال: أنه موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإذا إدّعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالاً وإن أثبته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

المادة [١٢٨]: إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ حكم النفقة في ماله، وإن لم يكن له مال أعذر إليه القاضي وضرب له أجلاً، فإن لم يرسل ما تنفق منه الزوجة على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد الأجل، وإن كان بعيد الغيبة لا يسهل

الوصول إليه أو كان مجهول المحل وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي بلا إعذار وضرب أجل وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة.

المادة [١٢٩]: تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً إذا كان بعد الدخول أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائناً وإذا كان الطلاق رجعياً فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة إذا أثبت يساره بدفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم عليه من نفقتها وباستعداده للإنفاق فعلاً في أثناء العدة فإذا لم يثبت يساره بدفع النفقة ولم يستعد للإنفاق فلا تصح الرجعة.

النفقة على الزوج الغائب

إذا غاب الزوج عن زوجته ولم يترك لها نفقة وطلبت من القاضي نفقة لها فرض لها القاضي النفقة في مال الزوج بعد أن يتحقق بالبينة ويمين الزوجة أن الزوج لم يترك لها نفقة، وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها. فإذا ثبت له استحقاقها للنفقة فرضها في ماله من الدراهم والدنانير، أو في ماله من الطعام والكسوة إذا كان من جنس حقهم ويدفعها وكيل الزوج أو مودعه أو مَدِينه المقرّين بالمال للزوج وبالزوجية ولا يبيع عروضه التي من غير جنس ما يستحقون عند أبي حنيفة لدفع النفقة لأن بيع العروض لا يصح إلا بإذنه[١].

وذهب المالكية[٢] إلى أن الحاكم يفرض لها النفقة في مال زوجها الغائب أو في وديعته أو في دينه على الناس بعد أن يتأكد من استحقاقها للنفقة وأنه لم يترك لها مالاً ولا نفقة، وتباع داره في نفقتها إن لم يكن له مال غيرها. وقد فرض القانون النفقة في المال المنقول وغيره وقد نصت المادتان [٧٦، ٧٧] على ذلك:

حيث جاء في المادة [٧٦]: إذا تغيب الزوج وترك زوجته بلا نفقة أو سافر إلى محل قريب أو بعيد فقد يقدر القاضي نفقتها من يوم الطلب بناء على البينة التي تقيمها الزوجة على قيام الزوجية بينهما بعد أن يحلفها اليمين على أن زوجها لم يترك لها نفقة وعلى أنها ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها.

وجاء في المادة [٧٧]: يفرض القاضي من حين الطلب نفقة لزوجة الغائب في ماله المنقول أو غير منقول أو على مودعه المقرين بالمال والزوجية أو غير المنكرين لهما أو لأحدهما بعد إثبات مواقع الإنكار بالبينة الشرعية وبعد تحليفها في جميع الحالات اليمين الشرعية السابقة.

نفقة السكنى

يجب للزوجة على الزوج السكنى لقوله تعالى في شأن المطلقة: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

فإذا وجبت السكنى للمطلقة فلأن تجب للتي في صلب النكاح أولى، ولقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ

---

(١) تبيين الحقائق (٣/ ٥٥) والهداية (٢/ ٤١).

(٢) الشرح الكبير (٢/ ٥٢٠) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣٢٦) والخرشي (٤/ ١٩٩).

﴿بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾ [النساء: ١٩].

ومن المعروف أن يسكنها في مسكن، ولأنها لا تستغني عن المسكن للاستتار عن العيون، وفي التصرف والاستمتاع وحفظ المتاع، والمذاهب في تقدير المسكن هي المذاهب في تقدير نفقة الطعام.

ويشترط في المسكن أن يحتوي على ما يلزم للسكنى من المرافق العامة والأواني والفراش[١] وإذا كان السكن حقا لها فليس له أن يشرك غيرها فيه كالنفقة، لأنها تتضرر بذلك إلا إذا رضيت، وليس للزوجة أن تسكن أحداً فيه بغير إذن الزوج، ولها عليه أن يسكنها عند جيران صالحين، ولأهلها أن ينظروا إليها ويتكلموا معها ولا يمنعهم من ذلك، لأن فيه قطيعة الرحم.

وقال بعض الفقهاء: لا يمنعهم من الدخول عليها أيضاً، وإنما يمنعهم من القرار في البيت، لأن الفتنة في اللبث وتطويل الكلام. وقيل: لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة ولمحارمها زيارتها في كل عام مرة، وهذا هو الصحيح عند الحنفية[٢].

وقد نصت المواد [٣٦، ٣٧، ٣٨، ٤٠]. على ما يشترط في المسكن واعتباره بحال الزوج ووجوب إقامتها فيه وعدم إسكان الغير في مسكن الزوجة بغير رضاها:

المادة [٣٦]: يهيء الزوج المسكن المحتوى على اللوازم الشرعية حسب حاله وفي محل إقامته وعمله.

المادة [٣٧]: على الزوجة بعد قبض مهرها المعجل الطاعة والإقامة في مسكن زوجها الشرعي، والانتقال معه إلى أية جهة أرادها الزوج ولو خارج المملكة بشرط أن يكون مأموناً عليها وأن لا يكون في وثيقة العقد شرط يقتضي غير ذلك. وإذا امتنعت عن الطاعة يسقط حقها في النفقة.

المادة [٣٨]: ليس للزوج ان يسكن أهله وأقاربه أو ولده المميز بدون رضاء زوجته في المسكن الذي هيأه لها ويستثنى من ذلك أبواه الفقيران العاجزان إذا لم يمكنه الإنفاق عليهما استقلالاً وتعين وجودهما عنده دون أن يحول ذلك من المعاشرة الزوجية، كما أنه ليس للزوجة أن تُسكن معها أولادها من غيره أو أقاربها بدون رضاء زوجها.

ويلاحظ أن القانون قد استثنى الوالدين إذا لم يستطع أن ينفق عليهما استقلالاً وليس لهما مُعيل آخر غيره يمكن أن يسكنوا عنده إذا كانا عاجزين عن الكسب وليس لهما مال ينفقان منه، وذلك أمر حسن استند فيه إلى المبادىء الشرعية العامة التي تقضي بوجوب الإحسان إلى الوالدين، ولم يستثن الابن المميز، وأن مبادىء الشريعة العامة وما فيها من الرأفة والشفقة على الطفل ووجوب إعالته لتقضي بوجوب استثنائه أيضا ما دام وجوده لا يحول دون معاشرة الزوج لزوجته.

المادة [٤٠]: على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهن في المعاملة وليس له إسكانهن في

---

(١) المغني (٨/ ١٧١) والمهذب (٢/ ١٦٢) والهداية (٢/ ٣٩)وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٣) والشرح الكبير (٢/ ٥١٠).

(٢) تبيين الحقائق (٣/ ٥٨) والهداية (٢/ ٤٣) والشرح الكبير (٢/ ٥١٢) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٣) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ٣١٥).

دار واحدة إلا برضاهن.

الاختلاف في النفقة:

١- إذا اختلف الزوجان في قبض النفقة فادعى الزوج أنها قبضتها وأنكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها لقوله (ﷺ) اليمين على المدعي عليه، ولأن الأصل عدم القبض[١].

٢- إذا اختلف الزوجان في التمكين الموجب للنفقة أو في وقته فقالت: كان ذلك من شهرين، وقال الزوج: بل من شهر، فالقول قول الزوج، لأن الأصل عدم التمكين، وبراءة الذمة من النفقة[٢].

٣- إذا اختلف الزوجان في فرض الحاكم للنفقة أو في وقتها، فقال الزوج: فرضها منذ شهر، وقالت: بل منذ عام، فالقول قوله عند الجمهور، لأن قوله يوافق الأصل فقُدِّم، وقال مالك: إن كان مقيماً معها فالقول قوله، وإن كان غائباً عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم[٣].

٤- إذا اختلف الزوجان في يسار الزوج وإعساره فادعت الزوجة يساره ليفرض لها نفقة الموسر، وأنكر الزوج اليسار، فإن عرف له مال فالقول قولها، لأن الأصل بقاء المال، وإلا فالقول قول الزوج لأن الأصل عدم المال[٤].

وقد افترض القانون يسار الزوج حتى يثبت عكس ذلك كما سبق بيانه.

٥- إذا طلق زوجته طلقة رجعية وهي حامل فوضعت واتفقا على وقت الطلاق واختلافا في وقت الولادة، فقال الزوج: طلقتك قبل الوضع فانقضت العدة فلا رجعة لي عليك، ولا نفقة لك علي، وقالت المرأة: بل طلقتني بعد الوضع فلك علي الرجعة ولي عليك النفقة فالقول قول الزوج إنه لا رجعة لي عليك لأنه حق له فقبل إقراره فيه، والقول قول المرأة في وجوب العدة، لأنه حق عليها فكان القول قولها، والقول قولها مع يمينها في وجوب النفقة لأن الأصل بقاءها[٥].

٦- إذا دفع الزوج لزوجته مالا أو كسوة فقالت الزوجة: إنها تبرع وهبة وقال: بل وفاء للواجب علي من النفقة فالقول قوله لأنه أعلم بنيته[٦].

نـفـقـة المعتدة

نفقة المعتدة من طلاق

لا خلاف بين الفقهاء في أن المطلقة قبل الدخول لا نفقة لها، لأنه لا عدة عليها ولا خلاف بينهم في

---

(١) المهذب (٢/ ١٦٤) والمغني (٨/ ١٨٢).
(٢) المرجعين السابقين.
(٣) المغني (٨/ ١٨٢).
(٤) المهذب (٨/ ١٨٢) والمغني (٨/ ١٨٢).
(٥) المرجعين السابقين.
(٦) المغني (٨/ ١٨٢).

أن للمطلقة طلاقاً رجعياً بعد الدخول النفقة والسكنى في زمن العدة، لأن الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود.

ولا خلاف بينهم أيضاً في أن المطلقة طلاقاً بائناً أو بخلع أو من بانت بفسخ وكانت حاملاً لها النفقة والسكنى وذلك لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس التي طلقها زوجها ثلاثاً: (لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً)[١] ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ولا يمكنه الإنفاق عليه إلا بالإنفاق عليها[٢].

واختلف الفقهاء في المطلقة بائناً وهي غير حامل هل لها النفقة والسكنى؟ في ذلك مذهبان.

المذهب الأول: ذهب الحنفية وجماعة من الفقهاء[٣] إلى أن لها السكنى والنفقة.

واستدلوا:

١- بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [الطلاق: ١].

فأوجب سبحانه النفقة والسكنى على الأزواج بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

وهذا عام لم يفرق فيه بين الرجعي والبائن، ولأن النفقة تجب جزاء الاحتباس لحقه صيانة لمائه وهذا المعنى موجود في المبتوتة، ولو لم تجب لها النفقة لكان في ذلك ضرر عليها لحبسها في بيت الزوجية مع منعها من النفقة والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

٢- وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في حديث فاطمة بنت قيس: (لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة لاندري صدقت أم كذبت، حفظت أو نسيت)، سمعت رسول الله (ﷺ) يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة»[٤].

المذهب الثاني: ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم إلى أنه لا نفقة لها[٥] واختلفوا في السكنى فذهب مالك والشافعي وأحمد في رواية[٦]. إلى أن لها السكنى لعموم قوله

---

(١) سنن أبي داود (٢/ ٧١٦).

(٢) جواهر الاكليل (١/ ٤٠٤) والمقنع (٣/ ٣٠٨) والخرشي (٤/ ١٩٢) والشرح الكبير (٢/ ٥١٥) وبلغة السالك مع الشرح الصغير (٢/ ٣٢٠، ٣٢١).

(٣) الخرشي (٤/ ١٩٢) والمقنع (٣/ ٣٠٩).

(٤) الدرامي (٢/ ١٦٥) وأبو داود (٢/ ٧١٨).

(٥) جواهر الاكليل (١/ ٤٠٤) والشرح الكبير (٢/ ٥١٥) والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣٢١) والخرشي (٤/ ١٩٢) المقنع (٣/ ٣٠٩).

(٦) المهذب (٢/ ١٦٤) والمغني (٨/ ٢٠٦) والهداية (٢/ ٤٤) وتبيين الحقائق (٣/ ٦٠) ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٠) =

تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

وذهب أهل الظاهر وأحمد في رواية ثانية[١] وهي الأرجح إلى أنه لا سكنى لها.

واستدلوا لعدم وجوب النفقة:

١- بما روت فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها بكيلة شعير فسخطته فقال: والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله (ﷺ) تذكر ذلك فقال: «ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك»[٢] متفق عليه، وإذا صح هذا عن رسول الله (ﷺ) فهو المبين عن رب العزة لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

٢- ولما روى عن علي وابن عباس وغيرهما من الصحابة أن لها النفقة وهذا يعارض قول عمر ثم إنه لم يصح ما نقل عن عمر في شأن حديث فاطمة بنت قيس[٣].

النفقة في النكاح الفاسد والعدة منه

لا تجب النفقة ولا السكنى على الزوج في النكاح الفاسد ولا في العدة منه إن كانت غير حامل، لأنه إذا لم تجب النفقة قبل التفريق فبعده أولى وإن كانت حاملاً ففي ذلك قولان عند الشافعية والحنابلة الأول: لا نفقة لها والثاني: لها النفقة[٤].

وكل معتدة من الوطء في نكاح غير صحيح كالموطوأة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطيء نسب ولدها فهي كالموطوأة في النكاح الفاسد، وإن كان لا يلحقه نسب ولدها كالزاني فليس عليه نفقتها حاملاً كانت أو غير حامل، لأنه لا نكاح بينهما، ولا ينسب الولد إليه[٥].

نفقة المعتدة من وفاة

١- ذهب الشافعية والحنفية والمالكية إلى أنه لا نفقة للمتوفي عنها زوجها حاملاً كانت أم غير حامل لأن النفقة إنما تجب للتمكن من الاستمتاع، وقد زال بالموت أو بسبب الحمل، والميت لا يستحق عليه حق لأجل الولد.

٢- وذهب الحنابلة إلى أنه لا نفقة للمعتدة من وفاة إذا كانت غير حامل، وأما الحامل ففي وجوب نفقتها روايتان عندهم، الأولى: لها النفقة لأنها حامل من زوجها فكانت كالمفارقة له في الحياة،

= والمقنع (٣/ ٣٠٩).

(١) المقنع (٣/ ٣٠٩).

(٢) سنن أبي داود (٢/ ٧١٣) والسنن الكبرى (٧/ ٤٧١).

(٣) انظر المهذب (٢/ ١٦٤، ١٦٥) والمغني (٨/ ٢٠٦) والهداية (٢/ ٤٤) وتبيين الحقائق (٣/ ٦٠) ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٠).

(٤) القولان مبنيان على هل النفقة للحمل أو للحامل؟
أ- النفقة للحمل لا للحامل. ب- النفقة للحامل لا للحمل.

(٥) المغني (٨/ ٢١٠) والمهذب (٢/ ١٦٥) ومغني المحتاج (٣/ ٤٤١) والمقنع (٣/ ٣١١).

والثانية: لا نفقة لها، لأنه لا يجب على الميت حق ولا يلزم بذلك الورثة، وإن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه، وإن لم يكن للميت ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته[1].

سكنى المعتدة من وفاة

ذهب الشافعي في أحد قوليه والحنفية إلى أنه لا سكنى لها حاملاً كانت أم غير حامل قياساً على النفقة، وذهب الشافعي في القول الثاني: إلى أن لها السكنى لما روت فريعة بنت مالك أن النبي (ﷺ) قال: «اعتدّي في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله؛ أربعة أشهر وعشراً».

وذهب الحنابلة والمالكية إلى أنها إن كانت غير حامل فلا سكنى لها، وإن كانت حاملا ففي وجوب السكنى لها روايتان عند الحنابلة: الأولى: لها السكنى، الثانية: لا سكنى لها[2].

المعتدة من فرقة بسبب معصية

إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب معصية من جهة الزوجة توجب التفريق بينهما كرِدَّتها وتقبيل ابن زوجها فلا نفقة لها، لأنها حبست نفسها بغير حق فصارت كالناشز بل أبعد لأنها أزالت الحِلّ بينهما.

وإذا وقعت الفرقة بينهما بسبب من جهة الزوج كاللعان والإيلاء أو العُنَّة أو الجبّ فلها النفقة في زمن العدة. لأن الفرقة بسبب من جهة الزوج.

وإذا ارتدت المبتوتة في أثناء العدة سقطت نفقتها، وإذا مكنت ابن زوجها من نفسها في أثناء العدة وهي بائن من الزوج لم تسقط نفقتها، لأن الحرمة بينها وبين الزوج ثبتت بالطلاق البائن، ولا تأثير للردة ولا للتمكين، غير أن المرتدة تحبس ولا نفقة للمحبوسة، والمُمكِّنة لا تحبس. وإذا سقطت النفقة للردة فرجعت عن ردتها رجعت لها النفقة كالناشز. وهذا مذهب الحنفية[3].

وقد نص قانون الأحوال الشخصية على نفقة المعتدة في المواد التالية:

المادة [١٠٨]: نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة.

المادة [١٤٤]: ليس للمرأة التي توفي زوجها سواء كانت حاملاً أو غير حامل نفقة عدة.

المادة [١٤٥]: المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقة عدتها دَيناً في ذمة المطلق من تاريخ الطلاق مع مراعاة أحكام المادة [٨٠] من هذا القانون.

المادة [١٤٦]: تعتد معتدة الطلاق الرجعي والوفاة في البيت المضاف للزوجين بالسكنى قبل الفرقة وإن طلقت أو مات عنها وهي في غير مسكنها عادت إليه فوراً ولا تخرج معتدة الطلاق من بيتها إلا لضرورة ولمعتدة الوفاة الخروج لقضاء مصلحتها ولا تبيت خارج بيتها، وإذا اضطر الزوجان للخروج

---

(١) المغني (٨/ ٢٠٨) والمهذب (٢/ ١٦٥) والهداية (٢/ ٤٥) وتبيين الحقائق (٣/ ٦١) ومغني المحتاج (٣/ ٤٤١) والخرشي (٤/ ١٩٣) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٤).

(٢) المراجع السابقة وحاشية الشلبي (٣/ ٦١) وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٤) والخرشي (٣/ ١٩٣).

(٣) تبيين الحقائق (٣/ ٦١) والهداية (٢/ ٥٥).

من البيت فتنتقل معتدة الطلاق إلى حيث يشاء الزوج، وإذا اضطرت معتدة الوفاة إلى الخروج فتنتقل إلى أقرب موضع منه ومما سبق يتبين الرأي الفقهي الذي أخذ به القانون وما لم يرد فيه نص يرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية.

المطلب الثالث

العدل

يجب على الزوج أن يعاشر زوجته بالمعروف لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩].

ويجب عليه بذل ما يجب من حقها من غير مطل، لأنه من العشرة بالمعروف المأمور بها ولقوله (ﷺ): «مطل الغني ظلم»[١] ولا يجب عليه[٢] الاستمتاع بها، لأن الداعي إليه الشهوة والمحبة وقد لا يملكها ويستحب له الاستمتاع بها خشية الوقوع في الفساد ووقوع الشقاق بينهما، ويجب على الرجل إذا كان له أكثر من زوجة أن يعدل بين نسائه في المعاملة والقسم لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وليس مع الميل معروف ولقوله (ﷺ): «من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل»[٣] والعدل المطلوب منه بين نسائه في المعاملة والمبيت، لا في الميل القلبي، لأنه ليس في مقدوره، ولكن لا يبوح به لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان رسول الله (ﷺ) يقسم بيننا فيعدل ثم يقول: «اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك»[٤] رواه أبو داود.

ولا يجوز له أن يجمع بين امرأتين في مسكن واحد إلا برضاها، لأن ذلك ليس من العشرة بالمعروف، ولأنه يؤدي إلى الخصومة.

ويبدأ الزوج بالقسمة بين نسائه بالقرعة ويسوي في القسمة بين المسلمة والكتابية ويقسم للحرة ليلتان وللأمة ليلة، والأولى أن يقسم بين النساء ليلة ليلة اقتداء برسول الله (ﷺ)، ولأن ذلك أقرب إلى التسوية في إيفاء الحقوق، وله أن يقسم ليلتين لكل واحدة أو ثلاثاً ثلاثا لكل واحدة وليس له أن يزيد على ذلك من غير رضاهن[٥]، لأن فيه تغريراً بحقوقهن، وعماد القسم الليل لقوله عز وجل: ﴿ وَجَعَلْنَا

---

(١) سنن الترمذي (٤/ ١٣٥) والترغيب(٢/ ٦٠٩).

(٢) ذهب الحنابلة والمالكية إلى أن الوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر وقصد الإضرار سواء تضررت بذلك أو لا وهذا ما أميل لترجيحه وقال الشافعية والحنفية: لا يجب عليه الاستمتاع بها أنظر: المغني (٧/ ٢٣٤) والهداية (١/ ٢٢٢) والبحر الرائق (٣/ ٢٣٤) وجواهر الاكليل (١/ ٣٢٦) والشرح الكبير (٢/ ٣٤١).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ٢٩٧) وسنن الدرامي (٢/ ١٤٣) والترغيب (٣/ ١٠).

(٤) سنن الدرامي (٢/ ١٤٤) والترغيب (٣/ ٦٠) والسنن الكبرى (٧/ ٢٩٨) وسنن أبي داود (٢/ ٦٠١).

(٥) هذا رأي الشافعية والحنابلة والمالكية وبعض الحنفية، وذهب جمهور الحنفية إلى أن مقدار الدور إلى الزوج، لأن المستحق عليه هو التسوية دون طريقه انظر: المغني (٧/ ٢٤١) والهداية (١/ ٢٢٢) والمهذب (٢/ ٦٧) والبحر الرائق =

﴿اللَّيْلَ لِبَاسًا﴾ [النبأ: ١٠] ولأن النهار للمعيشة والليل للسكون، قال تعالى: ﴿أَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا اللَّيْلَ لِيَسْكُنُوا فِيهِ﴾ [النمل: ٨٦] فان كانت معيشته بالليل فعماد القسمة بالنهار، وإذا قسم لامرأة ليلة كان لها النهار الذي يليها، ولا يجوز أن يخرج في ليلتها من عندها إلا للضرورة وعليه قضاء ذلك الوقت.

ويسوي في القسم بين البكر والثيب عند الحنفية[١] لعموم حديث (من كانت له امرأتان ومال إلى أحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل).

وقال الشافعية والحنابلة والمالكية[٢]: إذا تزوج وعنده امرأة قطع الدور للجديدة فإن كانت بكراً أقام عندها سبعاً لما روى أبو قلابة عن أنس رضي الله عنه أنه قال: (من السنة أن يقيم عند البكر مع الثيب سبعاً) قال أنس: ولو شئت أن أرفعه الى رسول الله لرفعته وان كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً وليس عليه قضاء ذلك للأخريات، وله أن يقيم عند الثيب سبعاً وعليه قضاء الزائد من الليالي للأخريات ولا يقسم للناشز منهن.

وإذا أراد السفر ببعض نسائه وجب عليه[٣] أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها ولا يسافر بواحدة من غير قرعة، لأن ذلك ميل وترك للعدل وليس عليه القضاء بعد الرجوع.

ويجوز للمرأة أن تهب ليلتها لبعض ضرائرها برضا الزوج ويجوز لها أن ترجع عن الهبة فقد ورد ان سودة بنت زمعة وهبت يومها وليلتها لعائشة[٤] تبتغي بذلك مرضاة رسول الله (ﷺ) ويجوز لها أن تجعل حقها للزوج ثم يجعله لمن شاء من نسائه[٥].

ولا يجوز أن يجمع بين الضرتين أو الضرائر في مسكن واحد إلا برضاهن[٦].

وقد جاء في المادة [٤٠]: على من له أكثر من زوجة أن يعدل ويساوي بينهن في المعاملة وليس له إسكانهن في دار واحدة إلا برضاهن.

(٣/ ٢٣٥) ومنحه الخالق (٣/ ٢٣٥) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ١٤٠).

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٣٤) وبداية المجتهد (٢/ ٤٨) والهداية(١/ ٢٢٢) وتبيين الحقائق(٢/ ١٧٩).

(٢) المهذب (٢/ ٦٨) والمغني (٧/ ٢٤٧) وبداية المجتهد (٢/ ٤٨) والشرح الكبير (٢/ ٣٤١) والشرح الصغير وبلغة السالك (٢/ ١٤٢) وجواهر الاكليل(١/ ٣٢٧).

(٣) هذا رأي الشافعية والحنابلة وذهب الحنفية إلى أنه لايجب عليه أن يقرع بينهن ويستحب له ذلك لتطييب قلوبهن، لأن له الا يستصحب واحدة منهن، فله الا يقرع بينهن ويسافر بمن يشاء أنظر البحر الرائق (٣/ ٢٣٦) وجواهر الاكليل (١/ ٣٢٨).

(٤) سنن النسائي (٦/ ٥٣).

(٥) فيما سبق انظر: المغني (٧/ ٢٣١- وما بعدها) والمهذب (٢/ ٦٦-٦٩) ومغني المحتاج (٣/ ٢٥١- وما بعدها) والهداية (١/ ٢٢٢) وتبيين الحقائق (٢/ ١٧٩-١٨١) والبحر الرائق (٣/ ٢٣٦).

(٦) البحر الرائق (٣/ ٢٣٧).

القسم الثاني

في إنحلال عقد الزواج



الفصل الأول

في التفريق بين الزوجين بالإرادة المنفردة (الطلاق)

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول: في حكم الطلاق.

المبحث الثاني: في التعويض عن الطلاق التعسفي، والتدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي.

المبحث الثالث: في شروط المطلق والمطلقة.

المبحث الرابع: في التوكيل والتفويض بالطلاق.

المبحث الخامس: في صيغة الطلاق.

المبحث السادس: في الطلاق باعتبار صفة وقوعه.



المقدمة

في تعريف الطلاق ومشروعيته والفرق بين الطلاق والفسخ

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول

في تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً

أولاً: الطلاق في اللغة:

رفع القيد مطلقاً، سواء كان حسياً أو معنوياً، فمن الحسي قولهم أطلق الرجل البعير إذا رفع القيد عنه، ومن المعنوي: قولهم طلق الرجل امرأته إذا رفع القيد الثابت بعقد النكاح.

والطلاق والإطلاق بمعنى واحد: تقول طلقت الأسير وأطلقته إذا رفعت قيد الأسر عنه، وقد جرى العرف على استخدام لفظ الطلاق وما اشتق منه في رفع القيد المعنوي واستعمال لفظ الإطلاق في رفع القيد الحسي، فإذا استخدمت لرفع القيد المعنوي كانت من الكنايات، وعلى ذلك تقول: أطلقت الأسير ولا تقول طلقته، وتقول طلقت امرأتي ولا تقول: أطلقتها، فمن قال أطلقت زوجتي كان من قبيل كنايات الطلاق لا من صريحه[1].

والطلاق مصدر طلّق بالتشديد: أو مصدر طلَق بفتح اللام وضمها ونفي الأخفش الضم[2].

ثانياً: الطلاق في الاصطلاح:

عرفه الفقهاء بعدة تعريفات متقاربة.

فعرفه الحنفية بأنه رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص، وهو ما اشتمل على مادة (طلق) أو ما في معناه مما يفيد ذلك صراحة أو دلالة[3].

فقولهم رفع قيد شمل القيد الحسي والمعنوي، وقولهم قيد النكاح: خرج به القيد الحسي والقيد المعنوي بغير النكاح كرفع قيد الملك بالعتاق، وقولهم: حالاً المراد به الطلاق البائن لأنه يرفع قيد النكاح في الحال، وقولهم: مآلاً: المراد به الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المآل أي: بعد انتهاء العدة، وقولهُم بلفظ مخصوص: خرج به رفع قيد النكاح بالفسخ لأنه لا يحتاج إلى

---

(١) البحر الرائق: (٣/ ٢٥٢)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٥)، مجمع الأنهر (١/ ٢٨٠).

(٢) مختار الصحاح (ص٣٩٦ - مادة طلق).

(٣) البحر الرائق (٣/ ٢٥٢)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٥).

لفظ مخصوص[١].

وعرفه الشافعية بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[٢].

وعرفه الحنابلة بأنه حل عقد النكاح[٣].

وعرفه المالكية بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته موجباً تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم[٤].

المطلب الثاني

في مشروعية الطلاق في الشرائع القديمة والقوانين الحديثة

نبذة عن الطلاق في بعض الشرائع والقوانين:

عرفت البشرية الطلاق منذ القديم، ولتتجلى الصورة المشرقة للطلاق في الشريعة الإسلامية نذكر نبذة موجزة عن الطلاق عند بعض الأمم.

الطلاق عند قدماء اليونان:

إذا عرفنا نظرة الشريعة اليونانية إلى المرأة عرفنا نظرتهم إلى حق الزوج في تطليق زوجته لقد كانت المرأة عندهم متاعاً يباع ويشترى، فالأب يبيع ابنته لمن يتزوجها، وعليه فإن للزوج الحق المطلق في تطليقها، كما أن له الحق في أن يزوج مطلقته لمن يشاء حال حياته، وأن يوصي بها إلى شخص آخر بعد مماته، وإذا كانت الزوجة عقيماً رَدَّها لأبيها واسترد ما دفعه ثمناً لها.

وإذا أرادت الزوجة تطليق الزوج كان عليها أن تتقدم بطلب إلى القاضي تبين فيه مبررات الطلاق، ويجاب طلبها إذا كان الزوج مسرفاً في مُجونه، أو هجر زوجته أو ألحق بها ضرراً بالغاً[٥].

الطلاق عند الرومان:

أخذ التشريع الروماني بفكرة الطلاق، وكان في أول الأمر حقاً للزوج يمارسه بدون رضا الزوجة وبدون مبرر يقتضيه، ومن الناحية العملية لم يكن الزوج يمارس هذا الحق إلا إذا رتكبت الزوجة خطأ جسيماً. وفي العصر الكلاسيكي أصبح للمرأة حق تطليق الزوج وكان الطلاق يتم لرغبة أحد الزوجين

---

(١) مجمع الأنهر (١/ ٣٨١)، البحر الرائق (٣/ ٢٥٢)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٥).

(٢) مغنى المحتاج (٣/ ٢٧٩).

(٣) المغني (٧/ ٢٩٦).

(٤) مواهب الجليل (٤/ ١٨).

(٥) انظر: الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، (ص٢١)، والأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، (ص١٦١).

من غير مقتضٍ لذلك، ولذا كثر الطلاق في هذا العصر. وفي عصر الإمبراطور قسطنطين سنة ٣٣١م قيدت حرية الزوجين في الطلاق لأتفه الأسباب أو لمجرد رغبة الزوجين أو أحدهما فيه، ولما جاء جوليانوس أعاد الأمر إلى ما كان عليه من إطلاق حرية الزوجين في الطلاق تمشياً مع عادات الرومان، ولما جاء جوستنيان قيد حرية الزوجين في الطلاق فلم يبح الطلاق إلا لأسباب تقتضيه كزنا الزوجة أو اعتداء أحد الزوجين على حياة الآخر أو الجنون أو العقم، أو العجز الجنسي، كما أجاز الطلاق إذا كان باتفاق الزوجين[١].

الطلاق عند اليهود:

الطلاق عندهم حق يملكه الزوج على زوجته، يمارسه بمحض إرادته، فله أن يطلقها لأتفه الأسباب، وإذا طلقت المرأة لا تعود إلى زوجها إذا تزوجت آخر ثم توفي عنها أو طلقها، وليس للمرأة حق في طلب الطلاق مهما كانت الأسباب، والأصل في الطلاق عندهم الكراهة، فينبغي أن لا يُقدم عليه الرجل إلا لحاجة، كالزنا أو العقم أو سوء الخلق، وإذا مكثت الزوجة مع زوجها عشر سنين ولم تنجب وجب عليه أن يطلقها[٢].

الطلاق عند المسيحيين:

الأصل عندهم تحريم الطلاق بإرادة الزوج، واختلفت طوائف المسيحية في التطليق بحكم الرئيس الملي بناء على طلب أحد الزوجين. فمذهب الكاثوليك عدم جواز التطليق لأي سبب كان، حيث يعتبرون الزواج سراً من أسرار الكنيسة المقدسة فهم يرون أن الزوجين قد اتحدا اتحاداً مقدساً بنعمة الروح القدس فلا يفرق بينهما إلا الموت، وقالوا: إن كل من يتزوج بأخرى يزني وكل من تتزوج بآخر تزني وأوّلوا ما ورد في إنجيل متّى: (من طلق امرأة إلا لعلة زنا فقد جعلها زانية، ومن تزوج مطلقة فقد زنا) بأن المراد هو الانفصال الجسماني بين الزوجين في المسكن والفراش والمائدة، وفي إقرار نظام الطلاق في نظرهم تغليب لإرادة البشر على الإرادة الإلهية، ذلك أن الزواج سر مقدس كما قلنا، وسر القدسية ما ورد على لسان بولس: (أيها الرجال أحبوا نساءكم كما أحب المسيح الكنيسة، وسلم نفسه لأجلها لكي يقدسها)، فشبّه علاقة الرجل بالمرأة كعلاقة المسيح بالكنيسة وهي علاقة إلهية دائمة، ولذا لا ينعقد الزواج بإرادة الزوجين بل لا بد من الكاهن ممثل الإرادة الإلهية، وقد خففوا من حدة هذا النظام فأقروا نظام الانفصال الجسماني وتوسعوا في أسباب بطلان الزواج لتستوعب جزءاً من أسباب الطلاق فاعتبروا الزواج غير القابل للإبطال هو الزواج المقرر المكتمل، والمقرر هو الزواج الذي انعقد بين المسيحيين خالياً من الموانع المبطلة ولم تحصل معاشرة زوجية فيه ويصبح مكتملاً بالمعاشرة الزوجية فالمكتمل لا ينحل إلا بالموت وغير المكتمل يمكن حله بأمر البابا إذا طلب الزوجان أو أحدهما حله بسبب عادل.

---

(١) الوجيز في الحقوق الرومانية.

(٢) الطوائف الملية، (ص١١٠).

وأما البروتستانت فقد أجازوا الطلاق في حالتين هما: حالة الزنا بناءاً على طلب أحد الزوجين، وحالة تغيير الدين المسيحي إذا طلب الزوج الآخر التطليق، وهم يرون أن الزواج نظام اجتماعي لا يتميز بسر مقدس، والكاهن لا يمثل الإرادة الإلهية وإن كان يتمتع بسر خاص هو (سر الكهنوت).

وأما الأرثوذكس فقد توسعوا أكثر من غيرهم في الحالات التي يجوز فيها التطليق، والطلاق لا يكون عندهم بإرادة الزوج أو إرادة الزوجين لأنه سر مقدس وفي الطلاق بإرادة الزوجين تغليب لإرادة البشر على الإرادة الإلهية، فلا ينعقد ولا ينحل إلا بممثل الإرادة الإلهية وهو الكاهن، ولكي تحكم الكنيسة بالطلاق لا بد من وجود مبرر له إذ الأصل تحريم الطلاق وقد توسعوا في المبررات، فمن ذلك:

١- زنا أحد الزوجين إن طلب الآخر الطلاق.

٢- الردة عن الدين المسيحي إن طلب الزوج الآخر الطلاق.

٣- إصابة أحد الزوجين بالجنون المطبق أو المرض المعدي.

٤- اعتداء أحد الزوجين على الآخر اعتداءً جسمانياً.

٥- عنة الزوج إذا مضى عليها ثلاث سنوات وكان يخشى على الزوجة من الفتنة.

٦- ترهُّب أحد الزوجين.

٧- إساءة العشرة الزوجية[١].

الطلاق في الجاهلية:

جعل العرب في الجاهلية الطلاق سبيلاً لحل رابطة الزوجية، ولم يكن نظاماً محدداً منضبطاً، فقد عرف العرب نظام الطلاق الثلاث الذي تكون بعده المرأة بائنة لا سبيل إلى رجعتها إلا بعد زواجها من آخر ثم أوجد بعضهم حلاً للطلاق للثلاث حتى إن أحدهم كان يطلق زوجته ما شاء من عدد الطلقات ثم يراجعها إن شاء ما دامت في العدة، وعرف العرب الظِّهار وكانوا يعدونه طلاقاً، كما عرفوا الإيلاء والخلع على وجه يختلف عما هو عليه في الإسلام، والطلاق عندهم حق للرجل ويجوز للمرأة أن تشترطه في عقد الزواج[٢].

الطلاق في القوانين الوضعية المعاصرة:

لقد استمدت تشريعات الدول الغربية قوانينها من المذاهب المسيحية ولذا نجدها لا تبيح الطلاق بالإرادة المنفردة من الزوج ولا بإرادة الزوجين باعتبار أن الزواج سر من الأسرار المقدسة فلا يجوز أن

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين لحلمي بطرس (ص٣٥)، الأحوال الشخصية لغير المسلمين لجمليل الشرقاوي (ص٣٨٥).

(٢) التشريع الإسلامي لمحمد مدكور، (ص٣٤).

تنحل رابطة الزوجية بإرادة البشر، وإنما تنحل بالإرادة الإلهية التي يمثلها الكاهن إذا وجدت المبررات الكافية.

ولما كانت المذاهب المسيحية مختلفة في الأخذ بمبدأ التطليق وفق مبررات كما مر كما اختلفت المذاهب التي تجيز التطليق في المبررات، لذا جاءت القوانين متباينة في الحالات التي يجوز فيها التطليق تبعاً لاختلاف المذاهب المسيحية في ذلك.

فالقانون الإيطالي لم يأخذ بنظام الطلاق لأن الشعب يدين بالمذهب الكاثوليكي، وبقي الأمر على هذا الحال إلى سنة ١٩٧٠ حيث أصدرت الحكومة الإيطالية تحت وطأة المطالبة الشعبية قانون إباحة الطلاق.

والقانون الفرنسي يبيح التطليق في حالة زنا أحد الزوجين أو الحكم عليه بعقوبة بدنية شائنة أو إساءة أحد الزوجين للآخر إساءة بالغة يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية.

وأما القانون الانجليزي فقد توسع أيضاً في أسباب الطلاق حتى شملت:

١- الإخلال بالتزامات الزوجية.

٢- تصدع الحياة الزوجية تصدعاً خطيراً.

٣- المرض المعدي والمنفر.

٤- الجنون.

٥- الهجر لمدة ثلاث سنوات فأكثر[1].

ومن الملاحظ أن بعض هذه القوانين قد توسع كثيراً في مبررات التطليق حتى غدا الاستثناء قاعدة عامة، غاية الأمر أنه لا يجوز أن يمارسه أحد الزوجين بإرادته المنفردة، فلا بد إن أراد التفريق من عرض المبررات والأسباب على الكنيسة أو المحكمة لتحكم له بالتفريق، فأين هذا من نظام الإسلام الذي أعطى كلاً من الزوجين وهما الأدرى بما يصلح حالهما الحق في الطلاق بإرادته المنفردة أو بإرادتيهما، فيحافظ كل منهما على شرف الآخر ويستر عورته فيكون التسريح بالإحسان كما كان الإمساك بإحسان.

أقول: أين هذا من القوانين التي تأبى على الزوجين إلا أن يهتك أحدهما ستر الآخر وينال من شرفه في باحات المحاكم وأمام الناس، وعندئذ تكون القطيعة والعداوة بين أفراد المجتمع.

أين هذا من نظام الطلاق في الإسلام الذي يبقي على المودة بين أفراد المجتمع فيلزم الزوج المطلق بدفع متعة للمطلقة، ويربط الحياة الزوجية من بدايتها إلى نهايتها بالإيمان بالله ووجوب العمل على تقواه لأنه يعلم السر وما يخفى ويعلم ما توسوس به الصدور فيمتنع لذلك كل من الزوجين من مضارة صاحبه حتى وهو يريد الانفكاك من رابطة الزوجية.

---

(١) الأحوال الشخصية لغير المسلمين (ص٨٦، ٢٧٧ - وما بعدها).

هذه فكرة موجزة عن الطلاق في الشرائع السابقة والقوانين المعاصرة في الدول الغربية، فإذا قارناها مع نظام الطلاق في الإسلام عرفنا مدى الحاجة إلى نظام الإسلام لمعالجة شؤون الأسرة عندما تجف ينابيع المودة والرحمة بين الزوجين وعندما تتنافر الطباع فتتبدل الحياة الهنيئة إلى شقاوة، والمسكن الذي يأوي إليه كل من الزوجين إلى وحشة وسجن يقبعان فيه، لذلك شرع الإسلام نظام الطلاق حتى يكون علاجاً نافعاً لداء عضال استعصى علاجه بالوسائل البشرية فجاء الأمر الإلهي يرشدنا إلى الحكم به لما فيه من الخير على كل من الزوجين، وصدق الله العظيم: ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠]. فالطلاق أبغض الحلال إلى الله، ولا يلجأ إليه إلا بعد استنفاذ جميع وسائل الإصلاح والمعالجة، وفي نظام الطلاق في الإسلام كفالة لحق المرأة عندما يكون نشوز من الزوج، كما أن فيه كفالة لحق الرجل عندما يكون النشوز من الزوجة، وأعطيت المرأة الحق في مخالعة الزوج وأن تشترط العصمة بيدها عند العقد، وجعل الطلاق في الإسلام ثلاث مرات ليستدرك الرجل ما بدر منه إن ندم ورأى أنه جعل الطلاق في غير موضعه فيستطيع استئناف الحياة الزوجية ما دامت في العدة بعد الطلقة الأولى والثانية اذا كان الطلاق رجعياً من غير حاجة الى عقد جديد، فإن انتهت العدة أو كان الطلاق بائناً بينونة صغرى أمكنه استئناف الحياة الزوجية مع هذه الزوجة بعقد جديد.

وسنبين محاسن الطلاق في الإسلام عند دراستنا لأحكامه وأقسامه وحكمة مشروعيته في المباحث التالية إن شاء الله تعالى.

المطلب الثالث

في مشروعيته الطلاق في الإسلام وحكمة مشروعيته

أدلة المشروعية:

الأصل في مشروعية الطلاق الكتاب، والسنة، والإجماع، والمأثور عن الصحابة، والمعقول.

أما الكتاب:

١- فقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

٢- وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١].

٣- وقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وأما السنة: فقد ورد فيه أحاديث كثيرة منها:

١- ما أخرجه البخاري في صحيحه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله (ﷺ)، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله (ﷺ) عن ذلك، قال رسول الله (ﷺ):

«مُرْه فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»[1].

٢- ومنها ما أخرجه أبو داود في سننه عن عمر أن النبي (ﷺ) طلّق حفصة ثم راجعها[2].

٣- ومنها ما أخرجه الترمذي في سننه عن ابن عمر قال: كانت تحتي امرأة أحبها، وكان أبي يكرهها، فأمرني أبي أن أطلقها، فأتيت فذكرت ذلك للنبي (ﷺ)، فقال: «يا عبد الله بن عمر طلق امرأتك»[3].

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الطلاق[4].

وأما المأثور: فما روي أن بعض الصحابة طلقوا زوجاتهم، ولم ينكر عليهم أحد من الصحابة، ولو كان غير جائز لأنكروا على من طلق صنيعه لما عرف عنهم من غيرة وتحر للحق، وجرأة في القول. فقد روي أن عمر بن الخطاب طلق أم عاصم، وطلق عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر، وطلّق المغيرة بن شعبة زوجاته الأربع[5].

وأما المعقول: فإن العشرة إذا فسدت بين الزوجين وتعذر الإصلاح فلا بد من اختيار أحد الأمور التالية:

- بقاء الحياة الزوجية مع النفرة والضغينة.
- أن تبقى الزوجية قائمة مع التفريق بينهما جسدياً فتصير المرأة كالمعلقة.
- أن يفرق بينهما بالطلاق فيغنيهما الله من فضله بالزواج من زوج آخر يجد عنده ما افتقده عند صاحبه الأول.

ولا شك أن كل عاقل يرى أن الفرقة بالطلاق هي الأصلح لكل من الزوجين فتتعين، درءاً للمفسدة العظمى.

حكمة مشروعية الطلاق:

الزواج عقد أبدي غايته إنشاء أسرة مستقرة تنعم بالطمأنينة والمودة لينشأ في كنفها جيل يحمل لواء الدعوة ويصون المجتمع ويحميه، فالأسرة لبنة من لبنات المجتمع، من قوتها يستمد المجتمع قوته، فعقد هذه مهمته وغايته ينبغي أن يكون مؤبداً ليحقق الغاية، ولذا لم يجز الشارع الحكيم الزواج المؤقت

---

(١) صحيح البخاري (كتاب الطلاق باب قول الله تعالى: ﴿يا ايها الذين امنوا إذا طلقتم النساء﴾ رقم ٥٢٥١).

(٢) سنن أبي داود، (كتاب النكاح، باب في المراجعة/ رقم٢٢٨٣)، والمستدرك (٢/ ١٩٧) وقال عنه الحاكم: حديث صحيح.

(٣) سنن الترمذي (٥/ ١٦٤-١٦٥)، كتاب الطلاق، باب ما جاء من الرجل يسأل أبوه أن يطلق زوجته.

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٢٧٩)، المغني (٧/ ٩٦)، الاختيار (٣/ ١٢١).

(٥) عون المعبود (٦/ ٢٦٤، ٣٧٨)، سنن الدارقطني (٤/ ١٠).

ونكاح المتعة، لأن النسل لا بد له حتى يربى تربية سليمة من أسرة تظله فينعم في ظلها بالسكينة والطمأنينة، وتمده بالمودة والرحمة، وتنشئه على الشرف والمروءة، وتنمي فيه روح التعاون والتكافل لهذا كله كان الزواج، ولأجله شرع، ولكن قد يعرض له ما يعدل به عن غايته وينبو به عن غرضه، والعوارض كثيرة يدل عليها الواقع الماثل للعيان، ومع هذه العوارض تصبح الحياة جحيماً بعد أن كانت نعيماً، وكراهية بعد أن كانت حباً ومودة، وشراً بعد أن كانت خيراً، وشقاء بعد أن كانت واحة أمن وسلام، فلا بد والحالة هذه من معالجة الحقيقة الواقعة التي يصطلي بنارها كل من الزوج والزوجة، ويجني ثمارها المرة الأبناء الذين تفتحت أعينهم على دنيا الحياة فلم يروا فيها إلا البؤس والنزاع والشقاق، يستيقظون كل يوم وإذا بالشر يقدح زناده بين ربَّي الأسرة، ينشأون على هذا حتى تستمرئه نفوسهم وقد يصبح من طباعهم، فيخرج إلى المجتمع جيل يهدم ولا يبني، يفسد ولا يصلح. ومن أجل هذا كله كان حرص الإسلام على نظافة معهد التربية الأول ألا وهو الأسرة، فوضع قواعد تكوينها وأرشد إلى حسن اختيار لبناتها، فإن قامت الأسرة على الأسس السليمة التي أرشد إليها الإسلام قلما تحول العوارض البشرية[1] بينها وبين تحقيق غاياتها، فإن وجدت رغم كل هذا وتعذرت إزالتها بكل وسائل الإصلاح، كان لا بد من تطويق عنق الشر حتى لا يمتد خطره إلى الأبناء ثم إلى المجتمع، بل لا بد من محاصرته في نفس كل من الزوجين حتى لا يكونا فريسة له، فيرتمي كل منهما في أحضان الرذيلة ودور الدعارة.

لكل هذا كانت صراحة الإسلام في معالجة الأمر الواقع فوضع علاجاً حاسماً للمشكلة، فشرع الطلاق، يلجأ إليه حين تدعو الحاجة، وهذه المثالية الواقعية التي تشكل إطاراً عاماً للتربية الإسلامية.

وقد أخذت معظم التشريعات الوضعية بنظام الطلاق، ورأت أنه ضرورة لابد منها، بعد أن كان معظمها يحرمه، إلا أنها جعلته بيد القاضي، وإنا لواثقون بأن اليوم الذي ستأخذ فيه تلك التشريعات بجملة ما أقرته الشريعة الإسلامية في نظام الطلاق ليس ببعيد.

المطلب الرابع

الفرق بين الطلاق والفسخ

تنحل رابطة الزوجية بالطلاق أو الفسخ

والطلاق يكون بالإرادة المنفردة من الزوج، ويكون بإرادة الزوجين كالمخالعة، ويكون بحكم القاضي، كالتطليق للشقاق والنزاع والغيبة والحبس والعيب والهجر والإيلاء واللعان والإعسار بالمهر والإعسار بالنفقة.

وتنحل رابطة الزوجية لطروء عارض يمنع بقاء النكاح، أو تداركاً لأمر اقترن بالعقد حين إنشائه

---

(١) نعني بالعوارض البشرية: ما يتسبب في تكدير صفو الحياة الزوجية كتباين أخلاق الزوجين، وتنافر طباعهما، أو اطلاع أحدهما على عيب في الآخر لا يرتضيه، وقد يصاب أحدهما بمرض لا يمكن لصاحبه المقام عليه، إلى غير ذلك من الأسباب التي يعسر معها إيجاد جو من الألفة والمحبة بين الزوجين.

فجعل العقد غير لازم، ويسمى انحلال العقد لهذين السببين فسخاً، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار بعض صور انحلال رابطة الزوجية فسخاً أو طلاقاً.

مذهب الحنفية:

ذهب الحنفية[1] إلى أن كل فرقة تقع من الزوج أو ممن يقوم مقامه ولا مثيل لها من جانب الزوجة تكون طلاقاً، كالفرقة بسبب الإيلاء والخلع وتطليق الزوج زوجته بلفظ من الألفاظ الدالة على حل العقد.

وكل فرقة تقع من الزوجة -لا باعتبارها نائبة عن الزوج- ولا مثيل لها من جانب الزوج تكن فسخاً، كالفرقة بسبب نقصان المهر عن المثل، والفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج للزوجة.

وأما الفرقة التي تقع من جانب أحد الزوجين ولها مثيل من جانب الزوج الآخر فإنها تعتبر فسخاً في معظم الأحوال وذلك كفعل أحد الزوجين ما يوجب حرمة المصاهرة وكالفسخ بخيار البلوغ والإفاءة.

واختلف فقهاء المذهب في الفرقة بارتداد أحد الزوجين أو بإبائه الدخول في الإسلام، فقالوا: إن حدثت الفرقة فيهما من جانب الزوجة كانت فسخاً بالاتفاق، وإن حدثت الفرقة فيهما من جانب الزوج فذهب أبو يوسف إلى اعتبارها فسخاً لأنها تكون فسخاً من جانب الزوجة بالاتفاق فتكون كذلك إذا حدثت من جانب الزوج لأن السبب واحد لا يختلف أثره باختلاف من قام به.

وذهب محمد بن الحسن إلى اعتبارها طلاقاً في الحالين، لأنه بارتداده قد أقدم على ما يستوجب التفريق فكانت ردته في معنى التطليق، وبإبائه الإسلام مع إسلام زوجته قد فاتت مقاصد النكاح، والأصل فيها أن تحدث من الزوج لأن الملك له فوجب على القضاء أن يتدخل لرفع ظلمه فكان إباؤه الإسلام في معنى التطليق، ولا تعتبر ردة الزوجة أو إباؤها الدخول في الإسلام إن كان الزوجان وثنيين ثم أسلم الزوج وأبت الزوجة في معنى التطليق لأنها لا تملكه أصلاً فتعين أن يكون فسخاً من جانبها بخلاف الزوج فإنه يملك الطلاق وقد أقدم على ما يستوجب التفريق فكان فعله في معنى التطليق.

وذهب أبو حنيفة إلى اعتبار التفريق بسبب ارتداد الزوج عن الإسلام فسخاً وإن كان بسبب قد استبد به الزوج لأن الردة كالموت، لا تبقى معه عصمة الملك، فلم يكن تصرفه بالردة تصرفاً مستفاداً من أحكام عقد الزواج إذ بالردة يمتنع بقاء النكاح فاعتبرت فسخاً، واعتبر التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام مع إسلام الزوجة طلاقاً لما سبق بيانه في مذهب محمد.

وبناء على ما تقدم فإن التفريق في الأحوال التالية يعتبر طلاقاً عند الحنفية وهي:

١ - تطليق الزوج أو نائبه؛ ومنه تطليق الزوجة نفسها بناء على تفويض الزوج لها بالطلاق.

٢- الخلع.

٣- الإيلاء.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٧٣).

٤- تطليق القاضي بسبب عيب في الزوج.

٥- اللعان عند أبي حنيفة ومحمد لأنه من جانب الزوج ولا نظير له من جانب الزوجة، وقال أبو يوسف: يعتبر فسخاً، لأنه يوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين فينفسخ العقد لذلك.

٦- التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد.

ويرى الحنفية أن الطلاق لا يتوقف وقوعه على قضاء القاضي في معظم صوره لوضوحه وعدم الحاجة إلى تحقق القاضي من وقوع الفرقة.

فمن الحالات التي يقع فيها الطلاق دون حاجة إلى قضاء القاضي:

١- تطليق الزوج أو نائبه، ولو كانت الزوجة.

٢- التفريق بالخلع.

٣- التفريق بسبب الإيلاء.

٤- التفريق بسبب ردة الزوج عند محمد.

ومما يتوقف على قضاء القاضي:

١- التفريق بسبب عيب في الزوج.

٢- التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام عند أبي حنيفة ومحمد.

ويعتبر التفريق في الأحوال التالية فسخاً عندهم:

١- كل فرقة سببها خلل في عقد الزواج عند إنشائه أوجب الفسخ، لأن الطلاق لا يكون إلا في عقد صحيح، فإن كان العقد غير صحيح كانت الفرقة فسخاً كالتفريق بين الزوجين لعدم شهادة الشهود وقت العقد أو عدم توافر الشروط الشرعية المعتبرة فيهم، وكالتفريق لوجود مانع يمنع الحل بين الزوجين، وكالتفريق للإكراه لعدم بناء العقد على الرضا.

٢- كل فرقة سببها عدم توافر شرط من الشرائط الشرعية المتممة للعقد -شرائط اللزوم والنفاذ- وامتنع من له الحق فيه من إتمام العقد، كالتفريق لعدم كفاءة الزوج ولنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها، وكالتفريق بخيار البلوغ أو الإفاءة، وكالتفريق بين الزوجين اللذين زوج أحدهما الفضولي عند عدم إجازة صاحب الشأن للعقد.

والفرقة في هذه الصور تكون فسخاً لأن العقد إذا صح ولم يكن لازماً نافذاً فإن الفرقة فيه تكون امتناعاً عن إتمامه، والامتناع عن إتمام العقد فسخ لا طلاق.

٣- كل فرقة سببها أمر طارىء على العقد يمنع بقاءه كفعل أحد الزوجين ما يوجب حرمة المصاهرة، ومن ذلك زنا أحد الزوجين بأصول الزوج الآخر أو فرعه، وكإرضاع أم الزوجة الزوج الصغير، وكالفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبائها الإسلام ولم تكن كتابية والفرقة بسبب ردة الزوج عند أبي حنيفة

وأبي يوسف وقال محمد يعتبر طلاقاً، والفرقة بسبب امتناع الزوج عن الإسلام تعتبر فسخاً عند أبي يوسف، وتعتبر طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد كما تقدم.

ويرى الحنفية أن فسخ العقد يتوقف على قضاء القاضي في بعض صوره لوجود خفاء في سببه أو اشتراط شروطه، فلا بد من التحقق من توافرها، ومنها ما لا يتوقف على قضاء القاضي لوضوح الأسباب الموجبة للفسخ.

فمن الحالات التي تتوقف على القضاء هي:

١- التفريق بسبب عدم الكفاءة.

٢- التفريق بسبب خيار البلوغ.

٣- التفريق بسبب نقصان المهر عن مهر المثل.

٤- التفريق بسبب إباء الزوجة غير الكتابية الإسلام لضرورة عرض الإسلام عليها.

٥- التفريق بسبب إباء الزوج الدخول في الإسلام عند أبي يوسف.

ومما لا يتوقف على القضاء فرقة الفسخ التالية:

١- التفريق بسبب خلل في عقد الزواج عند إنشائه.

٢- التفريق بسبب أمر طارىء على العقد يستوجب حرمة المصاهرة.

٣- التفريق بسبب ردة الزوجة أو ردة الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

مذهب الشافعية:

وذهب الشافعية[١] إلى أن كل فُرقة تقع بين الزوجين كتطليق الزوج أو نائبه -ولو على مال- أو كتطليق القاضي عليه عند امتناع الزوج عن الطلاق تكون طلاقاً، وما عدا ذلك يكون فسخاً، فالتفريق بسبب اللعان أو لعيب في أحد الزوجين وللإعسار بالمهر أو للإعسار بالنفقة[٢] أو لخلل في العقد عند إنشائه أو لطروء أمر على العقد يمنع بقاءه أو للامتناع عن إتمام شرط من شرائط لزوم العقد أو نفاذه[٣] فإن التفريق في جميع هذه الصور المتقدمة يعتبر فسخاً.

مذهب الحنابلة:

ومذهب الحنابلة[٤] كمذهب الشافعية إلا أنهم زادوا على الفرقة التي تعتبر فسخاً:

---

(١) تحفة الطلاب، (٢/ ٢٩٤-٢٩٥)، حاشية الشرقاوي مع تحفة الطلاب (٢/ ٢٩٤، ٢٩٥).

(٢) لا يفرق الحنفية بين الزوجين للإعسار بالمهر والنفقة أو لعيب قائم بالزوجة.

(٣) لا يفرق الشافعية بين الصغيرين بخيار البلوغ لأن الذي يزوجهما الولي المجبر وحده خلافاً للحنفية الذين يرون جواز تزويج الولي غير الأب أو الجد لهما وللصغيرين عندئذ خيار البلوغ.

(٤) المغني (٦/ ٥٤٨، ٧/ ٥٦).

أ- الفرقة بسبب عدم وفاء أحد الزوجين بما شرطه الآخر عليه من شروط اقترنت بالعقد[١].

ب- إذا تم الخلع بلفظ الفسخ أو المفاسخة فإنه يعتبر فسخاً عندهم.

مذهب المالكية:

وذهب المالكية إلى أن كل فرقة تعد طلاقاً بشرطين:

١- أن تكون كل فرقة من نكاح صحيح شرعاً.

٢- أن لا يكون سبب التفريق هو تحريم الشارع المعاشرة بين الزوجين بحيث لو أراد الزوجان المعاشرة لم يقرا على ذلك ولم يصح منهما.

وعلى ذلك فالتفريق بين الزوجين الذين ارتبطا بعقد زواج صحيح يعتبر طلاقاً في الحالات التالية[٢]:

١- تطليق الزوج أو نائبه، ولو كانت الزوجة.-

٢- الفرقة بالخلع أو بالطلاق على مال.

٣- تفريق القاضي بينهما للعيب القائم في أحد الزوجين، أو للإعسار بالمهر أو للإعسار بالنفقة أو للمضارة والشقاق، وغيبة الزوج غيبة تتضرر منها الزوجة، والتفريق للإيلاء والتفريق لعدم كفاءة الزوج، ويقع الطلاق في هذه الصور بائناً ما عدا التفريق للإعسار بالنفقة حيث يقع به طلاق رجعي.

٤- التفريق لردة أحد الزوجين ويقع به طلاق بائن لأن الفرقة طرأت على نكاح صحيح شرعاً والأصل في الفرقة التي تطرأ على العقد الصحيح أن تكون طلاقاً، والتحريم بينهما ليس مؤبداً فكانت طلاقاً، ويرى ابن الماجشون أن التفريق للردة فسخ لأنه يوجب حرمة بين الزوجين فلا يُقرَّان شرعاً على النكاح السابق لو أراداه، وقوله يوافق القاعدة السابقة.

ويُعَد التفريق بين الزوجين فسخاً في الحالات التالية:

١- التفريق بسبب فساد عقد النكاح كالتفريق بسبب دخول أحد الزوجين في الإسلام وإباء الآخر فإن الفرقة طرأت على عقد غير صحيح لأن شرط صحة العقد عندهم الإسلام وعلى ذلك فأنكحة المشركين غير صحيحة في نظرهم فالتفريق لذلك يكون فسخاً.

٢- التفريق بسبب طروء مفسد على النكاح يرتب الحرمة بين الزوجين وذلك كالتفريق للعان لأنه يوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، وكالتفريق لفعل أحد الزوجين ما يوجب حرمة المصاهرة كزنا أحد الزوجين بأصول الزوج الآخر أو فروعه، وكطروء التحريم بسبب الرضاع.

---

(١) لا يفرق الحنفية والمالكية والشافعية بين الزوجين بسبب عدم وفاء أحد الزوجين بالشروط المقترنة بالعقد.

(٢) جواهر الاكليل (١/ ٣٣٠، ٣٣٤)، بداية المجتهد (٢/ ٧٠).

أقسام الفرقة التي تُعَد فسخاً:

تنقسم الفرقة التي تُعَد فسخاً إلى قسمين[1]:

القسم الأول: فسخ يُعَدُّ نقضاً للعقد من أصله كالفسخ بخيار البلوغ والإفاقة، والفسخ لعدم الكفاءة ولنقصان المهر عن المثل، والفسخ بسبب عدم إجازة الولي أو صاحب الشأن تزويج الفضولي أو تزويج ناقص الأهلية نفسه.

القسم الثاني: فسخ لا يُعَدُّ نقضاً للعقد من أصله وإنما يطرأ عليه فيمنع بقاءه واستمراره ولكالفسخ بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أحد أصول أو فروع الزوج الآخر ما يوجب حرمة المصاهرة، وكالفسخ بسبب إباء الزوجة -غير الكتابية- الدخول في الإسلام عند إسلام الزوج، وكالفسخ للملاعنة عند أبي يوسف والمالكية والشافعية والحنابلة.

الفرق بين القسمين:

والفرق بين القسمين أن الفسخ الذي يُعَدُّ نقضاً للعقد من أصله لا يوجب شيئاً من المهر إن لم يتأكد المهر بأحد مؤكداته[2]، سواء حصل الفسخ بسبب من الزوج أو الزوجة، كما أنه لا يلحقها الطلاق أثناء عدتها من هذا الفسخ إن وجبت عليها العدة، لأن الطلاق إنما يقع ويؤثر في العقد الصحيح، وقد نقض هذا الفسخ أصل العقد، فلم يبق شيء يقع عليه الطلاق ويؤثر فيه.

أما القسم الثاني: وهو الفسخ الذي لا يُعَدُّ نقضاً لأصل العقد ولكنه يمنع بقاءه واستمراره[3] فإن حصل بسبب من الزوجة فإنه لا يوجب لها شيئاً من المهر إن لم يتأكد المهر بأحد مؤكداته، وإن تأكد بأحد مؤكداته وجب جميعه، وإن حصل الفسخ بسبب من الزوج ولم يكن المهر قد تأكد بأحد مؤكداته وجب للزوجة نصف المهر المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى وجب للزوجة المتعة. وإذا أوقع الرجل الطلاق في أثناء العدة من هذا الفسخ، فإنه يحسب من عدد الطلقات التي يملكها الرجل على زوجته، فإذا تزوجها بعد زوال المانع الذي أوجب الفسخ ملك بالعقد الجديد ما بقي له من عدد الطلقات،

---

(١) يجوز فسخ عقد الزواج لأسباب لا تدخل تحت القسمين السابقين منها: الفسخ بسبب عدم وفاء أحد الزوجين بالشرط الذي اقترن بالعقد بناء على طلب الزوج الآخر وهذا مذهب الحنابلة- وهو معمول به في معظم قوانين الأحوال الشخصية- ولا يرى جمهور الفقهاء الفسخ لذلك، ومنها الفسخ للعيب القائم بالزوج والفسخ لإعسار الزوج بالمهر المعجل قبل الدخول، ومنها الفسخ بسبب إعسار الزوج بالنفقة عند الشافعية والحنابلة في الصور المتقدمة جميعها، وقد اعتمد هذا التقسيم مذهب الحنفية وهو ما جرى عليه الكاتبون في مؤلفاتهم.

(٢) انظر مؤكدات المهر في القسم الأول: عقد الزواج وآثاره.

(٣) الموانع الموجبة للفسخ بسبب ما يطرأ على العقد فتمنع بقاءه واستمراره نوعان: نوع يوجب الحرمة المؤبدة بين الزوجين فلا يحل لأحدهما أن يتزوج بالآخر مطلقاً كالفسخ بسبب طروء رضاع محرم، وكالفسخ بسبب فعل أحد الزوجين مع أصول أو فروع الزوج الآخر ما يوجب حرمة المصاهرة، وكالفسخ بالملاعنة عند جمهور الفقهاء، ونوع يوجب الحرمة المؤقتة بين الزوجين فيحل لهما بعد زوال المانع ومن ذلك التفريق بسبب الردة وإباء أحدهما الإسلام والتفريق بالملاعنة عند بعض الفقهاء.

ويحسب الطلاق الذي اوقعه زمن عدتها من الفسخ.

مما سبق يتضح:

١- أن الطلاق لا ينقض العقد مطلقاً، فالطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات مع بقاء الحل والملك، والبائن بينونة صغرى ينقص عدد الطلقات ويزول به الملك دون الحل، والبائن بينونة كبرى يزول به الحل والملك.

أما الفسخ فمنه ما ينقض عقد الزواج من أصله كالفسخ بخيار البلوغ أو الإفاءة، وكالفسخ بسبب عدم كفاءة الزوج أو نقصان المهر عن المثل وهذا يزيل الحل والملك معاً. ومنه: ما لا ينقض عقد الزواج من أصله، وإنما يطرأ عليه فيمنع بقاءه واستمراره كرِدَّة أحد الزوجين أو فعله ما يوجب حرمة المصاهرة وهذا يزيل الحِل الذي كان يترتب عليه.

٢- أن فرقة الطلاق لا ترجع إلى شيء يتنافى مع عقد الزواج ولا إلى شيء يقتضي عدم لزومه لأن الطلاق حق الزوج، يوقعه كما أمر الله سبحانه متى شاء كما يوقعه القاضي رفعاً للضرر الذي أصاب أحد الزوجين أو كليهما.

أما فرقة الفسخ: فتكون بسبب أمر طارىء على العقد يمنع استمراره وإن أراد الزوجان الإبقاء على رابطة الزوجية بينهما، أو بسبب أمر قارن العقد اقتضى عدم لزومه، وقد يكون خارجاً عن إرادة الزوج أو الزوجين معاً.

٣- أن فرقة الطلاق تنقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، فإذا عادت إليه ملك عليها ما بقي له من عدد الطلقات. أما فرقة الفسخ فلا أثر لها على ما يملكه الزوج من عدد الطلقات على زوجته.

٤- إن وقع الطلاق في العدة من فُرقة الطلاق فإنه يلحق الزوجة وينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، وإن وقع في العدة من فرقة الفسخ الذي يُعَدُّ نقضاً للعقد من أصله فلا يلحق الزوجة.

٥- إن وقع الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وجب للزوجة نصف المهر.

أما فرقة الفسخ فإن كانت بسبب يتصل بإنشاء العقد فلا يترتب عليها شيء من المهر إن لم يتأكد المهر بأحد المؤكدات لأن فرقة الفسخ في هذه الحال تنقض العقد من أصله، والمهر من آثار العقد.

وإن كانت الفرقة بسبب طارىء يمنع بقاء العقد واستمراره ولم يوجد ما يؤكد المهر، فإن حدثت الفرقة من الزوجة فلا مهر لها وإن حدثت الفرقة من الزوج كان للزوجة نصف المهر المسمى، فإن لم يكن المهر المسمى وجبت المتعة.

المبحث الأول
في حكم الطلاق

المطلب الأول
موقع الطلاق من الأحكام التكليفية

تعتري الطلاق الأحكام التكليفية التالية:

أ- الوجوب: كطلاق المولى (من الإيلاء) بعد التربص قبل أن يفيء إلى زوجته، والطلاق للعُنَّة والشقاق إذا رآه الحَكَمان.

ب- الندب: يكون مندوباً عند تفريط المرأة في حق من حقوق الله رغم نصح الزوج لها وفق التوجيه القرآني في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤]، كتركها الصلاة، أو لكونها غير عفيفة، أو عرفت بإيذائها للأهل والجيران، أو التفريط في تربية الأولاد. ويندب الطلاق إذا طلبته المرأة مخالعة لترفع الضرر عن نفسها، كما يندب إذا قصر الزوج في حقوقها وبلغ حداً كبيراً أوجب المشقة ويصبح المندوب واجباً إذا تمادى الزوج في تقصيره وإيذائه لها فأصابت الزوجة مشقة كبيرة.

ج- الحرمة: يكون الطلاق حراماً إذا طلقها في الحيض أو الطهر الذي جامعها الزوج فيه.

د- الكراهة: يكون الطلاق مكروهاً إذا كان من غير حاجة داعية إليه، وقال القاضي من الحنابلة: يحرم في هذه الحالة لأنه ألحق الضرر بنفسه وزوجته، كما أن فيه تفويتاً للمصلحة الحاصلة بالزواج من غير حاجة داعية إليه، فكان حراماً كإتلاف المال، ولقوله (ﷺ): (لا ضرر ولا ضرار)[1] [2].

ويبدو أن من قال بالكراهة من الفقهاء أراد الكراهة التحريمية[3] لا الكراهة التنزيهية.

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (رقم ١٤٢٦) وأحمد في «مسنده» (٥/ ٣٢٧)، وهو حديث حسن الإسناد حيث نقل ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم (ص٢٨٥، ٢٨٧) عن غير واحد من أئمة الحديث والفقه تحسنه والاحتجاج به من مثل الإمام أحمد والحاكم صاحب المستدرك وابن الصلاح والنووي، وقال بعد ذلك: وقد تقبله جماهير أهل العلم واحتجوا به.

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٣)، المغني (٧/ ٢٩٦)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٦)، البحر الرائق (٣/ ٢٥٥).

(٣) الكراهة التحريمية عند الحنفية -وهم الذين توسعوا أكثر من غيرهم في مسألة الطلاق من غير سبب يدعو إليه- هي: ما طلب تركه طلباً جازماً بدليل غير قطعي الثبوت أو الدلالة، انظر: «أصول الفقه» لأبي زهرة (ص٣٦).

المطلب الثاني

الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة

اختلف الفقهاء في صحة الطلاق إذا لم يوجد ما يبرره كما اذا وقع بغير سبب مع استقامة حال لزوجة، فقال بعضهم[1]: الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، وقال آخرون[2]: الأصل في الطلاق لإباحة.

دلة القائلين بالحظر:

استدل القائلون بالحظر بما يأتي:

أولاً: قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ٣٤]، والطلاق من غير سبب بغي وعدوان فكان محظوراً.

ثانياً: ورد في الآيات القرآنية ما يشعر بالتنفير من الطلاق من غير حاجة فمن ذلك:

أ- قوله تعالى: ﴿ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴾ [النساء: ١٩]. ففي هذا حث للرجال على الصبر إذا رأوا منهن ما يكرهون، ولم يرشدهم إلى الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون؟.

ب- قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَـٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾ [النساء: ٣٥]، فلو كان الطلاق مباحاً لما أمر الله تعالى ببعث الحكمين مع وجود النزاع، وإنما أمر بذلك لتضييق دائرة الطلاق، فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التئام الأسرة، ويكون ضرر البقاء فيها أكبر من الضرر الناتج عن التفريق.

ثالثاً: لقد وردت أحاديث كثيرة ينهى فيها رسول الله (ﷺ) عن الطلاق فمن ذلك:

أ- ما رواه أبو داود من قوله (ﷺ): «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وفي رواية أنه (ﷺ) قال: «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق»[3].

وجه الدلالة: أن المراد بالحلال ما قابل الحرام وهو الجائز الفعل أي: المباح والمندوب والمكروه، ولا يتناول الحديث إلا المكروه بقرينة إضافة البغض إليه، والمباح والمندوب لا

---

١) شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٧)، مجمع الأنهر (١/ ٣٨٠) تبين الحقائق (٢/ ١٨٩)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٦)، البحر الرائق (٣/ ٢٥٣).

٢) مجمع الأنهر (١/ ٣٨٠)، وحاشية بدر المتقى مع مجمع الأنهر (١/ ٣٨١)، المغني (٧/ ٢٩٦)، حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٦)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٧)، المبسوط (٦/ ٣)، البحر الرائق (٣/ ٢٥٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٨٩).

٣) سنن أبي داود: (حديث رقم ١١٧٨)، والسنن الكبرى (٧/ ٣٢٢) والمستدرك (٢/ ١٩٦).

يوصفان بأن الله يبغضهما فإن البغض يتنافى مع الطلب على سبيل الاستحسان أو الطلب على سبيل التخيير بين الفعل والترك على وجه المساواة بينهما وعليه فيكون المعنى أبغض المكروهات إلى الله الطلاق[(١)].

ب- قال (ﷺ): «تزوجوا ولا تطلقوا فإن ا لا يحب الذواقين ولا الذواقات»[(٢)].

جـ- وقال (ﷺ): «لا تطلق النساء إلا من ريبة، إن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات»[(٣)].

د- قال (ﷺ): «ما حلف بالطلاق مؤمن وما استحلف به إلا منافق»[(٤)].

و- قال (ﷺ): (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس حرم عليها أن تريح رائحة الجنة)[(٥)]. وروى مثله في الرجل يخلع امرأته[(٦)].

رابعاً: الزواج من أجل النعم وأعظمها، والطلاق من غير حاجة تدعو إليه كفران للنعمة، وهدم للمصلحة التي أقامها الشرع، وتبديد للأسرة، وإلحاق ضرر كبير بالأبناء وما كان شأنه كذلك كان حراماً لا مباحاً عملاً بحديث رسول الله (ﷺ) «لا ضرر ولا ضرار»[(٧)].

أدلة القائلين بالإباحة:

استدل القائلون بالإباحة بما يأتي:

أولاً: بقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

ووجه الدلالة: أن نفي الجناح يعني نفي الإثم والحرج وهذا ينافي الحظر فكان مباحاً[(٨)].

ثانياً: وبقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ ﴾ [الطلاق: ١].

ووجه الدلالة: أن قوله تعالى ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١] مطلق غير مقيد بسبب أو حاجة.

ثالثاً: وبما روى أن النبي (ﷺ) طلق حفصة ثم راجعها[(٩)]. والظاهر أن النبي طلقها من غير ريبة، فقد أمره الله سبحانه وتعالى أن يراجعها لأنها صَوَّامة قَوَّامة[(١٠)].

---

(١) شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٦)، وفرق الزواج في المذاهب الإسلامية لعلي الخفيف (ص١٤).

(٢) كشف الخفاء (١/ ٣٤٠) وهو حديث ضعيف.

(٣) انظر: مجمع الزوائد (٤/ ٣٧٥) وهو ضعيف لجهالة أحد رواته.

(٤) أخرجه ابن عساكر في «تاريخ دمشق» عن أنس مرفوعاً قاله في (كنز العمال ١٦/ ٦٨٩).

(٥) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٢/ ٢٠٠) وصحح.

(٦) شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٦).

(٧) الحديث سبق تخريجه، انظر: شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٧).

(٨) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٥)، البحر الرائق (٣/ ٢٥٣).

(٩) كشف الخفاء (٢/ ٣٩٩) والحديث قال عنه السيوطي منكر، انظر فيض القدير (٥/ ٤٤٢).

(١٠) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٥)، والبحر الرائق (٣/ ٢٥٣).

رابعاً: وبما روي عنه (ﷺ) أنه قال «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» ولفظ الحِلّ يدل على الإباحة.

خامساً: وبما روي أن بعض الصحابة طلقوا زوجاتهم، فلو كان محظوراً ما أقدموا على تطليقهن فقد طلق عمر بن الخطاب أم عاصم، وطلق عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر، وطلق المغيرة بن شعبة نساءه الأربع مع حسن أخلاقهن وقوامهن، فقد أقامهن بين يديه صفاً وقال أنتن حسان الأخلاق، ناعمات الأرداف، طويلات الأعناق، اذهبن فأنتن الطلاق[1]. ورروي أن الحسن ابن علي استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة فقال علي رضي الله عنه على المنبر: إن ابني هذا مطلاق فلا تزوجوه، فقالوا: نزوجه ثم نزوجه، ثم نزوجه[2]. [3].

الترجيح:

نوقشت أدلة القائلين بالإباحة، بأن الآية الأولى إنما تدل على نفي الجناح في تطليق حدث قبل الدخول لا في كل طلاق[4].

وأما الآية الثانية فإن الطلاق الوارد فيها فقد قيد بالأدلة الكثيرة التي تفيد أن الطلاق مع طاعة الزوجة وحسن خلقها بغي وعدوان، قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤]. وأي: بغي أشد نكراً من تطليق بغير جريرة، وقد سقنا الأحاديث التي تنهى عن الطلاق من غير سبب.

وأما ما ورد من طلاق النبي حفصة فالحديث ضعيف كما سبق بيانه، وعلى فرض صحته ينبغي أن يحمل على حاجة أو سبب عملاً بالأدلة الأخرى لا سيما أنه لم يرو في الخبر أن النبي (ﷺ) طلقها من غير حاجة أو سبب فوجب حمله على الحاجة تنزيهاً لفعل النبي (ﷺ) عن العبث[5].

وأما ما ورد في الحديث من أن الطلاق حلال، والحل لفظ من ألفاظ الإباحة فأجيب بما تقدم ذكره من أن المراد به الحل الذي يقابل الحرمة فيشمل الواجب والمندوب والمكروه وتعين حمله على الكراهة بقرينة بغضه من قبل الله إذ الواجب والمندوب لا يوصفان بالكراهة، ولا يحملان على الإباحة لأنها تعني استواء الفعل والترك، والحديث يدل على ترجيح جانب الترك على الفعل فتعين حمله على الحظر بمعنى الكراهة[6]. وأما ما ورد عن بعض الصحابة فيجب حمله على الطلاق لحاجة، ثم إن فعل بعضهم لا يكون حجة، وقد ورد عن سيدنا علي رضي الله عنه ما يدل على عدم رضاه عن فعل ابنه الحسن رضي الله عنه حيث نهى الناس عن تزويجه لأنه مِطلاق[7].

ومما سبق يتبين رجحان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة إلا لحاجة تدعوا إليه، وهذا

---

(١) المحلى (١٠/ ١١).

(٢) كشف الخفاء ١/ ٣٤.

(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٥)، والبحر الرائق (٣/ ٢٥٣).

(٤) فرق الزواج (ص١٥).

(٥) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٦).

(٦) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٦)، والبحر الرائق (٣/ ٢٥٤).

(٧) شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٧).

ما رجحه ابن عابدين في حاشيته حيث قال: (وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم: الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص، فإذا كان بلا سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقاً وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها ولهذا قالوا: إن سببه، الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة كما قيل، بل هي أعم كما اختاره في الفتح، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعاً يبقى على أصله من الحظر، ولهذا قال الله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ [النساء: ٣٤]، أي: لا تطلبوا الفراق، وعليه حديث: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق». قال في الفتح: ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات، أعني: أوقات تحقق الحاجة المبيحة وإذا وجدت الحاجة المذكورة أبيح، وعليها يحمل ما وقع منه ومن أصحابه، وغيرهم من الأئمة صوناً لهم عن العبث والإيذاء بلا سبب[١].

وقد أخذت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية بالرأي الذي يرى أن الأصل في الطلاق الحظر، ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة [١٣٤] والقانون السوري في المادة [١٢٧]، والقانون التونسي في الفصل [٣١] ومشروع القانون العربي الموحد الصادر عن جامعة الدول العربية في المادة [٩٧] فقرة (ب) وعلى ذلك فالزوج الذي يطلق زوجته بغير مسوغ شرعي يعتبر متعسفاً في استعمال حقه في الطلاق. وهذا ما يوافق روح التشريع ونصوصه، واذا أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق فهل يلزم بتعويض مالي ؟ ونظراً لتمادي الكثير من الأزواج في إيقاع الطلاق بغير مسوغ شرعي فهل يجوز جعل هذا الحق بيد القاضي ؟.

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٦).

المبحث الثاني

في التعويض عن الطلاق التعسفي والتدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي

المطلب الأول: في تعويض المطلقة طلاقاً تعسفياً

يؤخذ من نصوص الشريعة أن من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي آثم عند الله لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الشارع بيده، فإذا ترتب ضرر على المطلقة فهل يلزم بتعويض مالي يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحق بالمطلقة ؟

لقد ألزم قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت الزوج بدفع تعويض مناسب للزوجة المطلقة شريطة أن لا يتجاوز مقدار نفقتها لسنة واحدة حيث جاء في المادة [١٣٤] منه: إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط ألا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة ويدفع هذا التعويض جملة أو مقسطاً حسب مقتضى الحال، ويراعى في ذلك حاجة الزوج يسراً وعسراً، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة.

وقد ألغي نص هذه المادة في التعديل الذي طرأ على القانون (قانون مؤقت رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١) واستعيض عن المادة المذكورة آنفاً بالمادة (١٣٤) من القانون المؤقت ونصها: (إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً ويدفع جملة إذا كان الزوج موسراً وأقساطاً إذا كان الزوج معسراً ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى.

وأخذ القانون السوري في المادة [١٢٧] بالتعويض عن الطلاق التعسفي حيث جاء فيها: (إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة)، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال.

وقد أخذ مشروع القانون العربي الموحد به حيث جاء في المادة [٩٧] فقرة (ب) (للمطلقة حق طلب التعويض اذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق، ويقدره القاضي بما لا يزيد على نفقة ثلاث سنين)، كما أوجب المشرّع لكل مطلقة مدخول بها المتعة، حيث جاء في المادة [٩٧] فقرة (أ) (تستحق المطلقة المدخول بها المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة).

وقد أخذت بعض المحاكم في جمهورية مصر بمبدأ التعويض ورفضته بعض المحاكم الأخرى[1]، وجاء في القانون التونسي [الفصل ٣١] يحكم بالطلاق بأمور منها:

١- تراضي الزوجين.

٢- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل من ضرر.

٣- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

وتقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه.

بالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر المادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحلول على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن، وهذه جراية قابلة للمراجعة ارتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات، وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن هذه الجراية، وهذه الجراية تصبح ديناً على التركة في حالة وفاة المفارقة وتصفى عندئذ بالتراضي مع الورثة أو عن طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة يراعى فيها سنها في ذلك التاريخ، كل ذلك ما لم تختر التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة.

ومن الملاحظ أن هذه القوانين وإن استندت إلى مبدأ التعويض عن الضرر الناتج عن التعسف إلا أنها اختلفت اختلافاً بيناً في مقدار التعويض بل في القاعدة التي استندت إليها. حيث يمكننا القول إن بعضها خرج عن مبدأ التعويض عن الضرر الذي يقدر بحسب الضرر الواقع على المطلقة بالفعل إلى إلزام المطلق برفع الفقر عن المطلقة وكفالته حق عيشها حياة كريمة إلى مدة زمنية معينة وصلت في القانون التونسي العمر كله أي: ما دامت الزوجة على قيد الحياة، والقانون السوري ألزم الزوج التعويض إن أصاب الزوجة بؤس وفاقة ولم يفرضه لكل مطلقة طلاقاً تعسفياً، وأما القانون الأردني المؤقت رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ الذي أخذ معظم مواده من القانون السوري لم يفرق بين الفقيرة والغنية، وقد نقل القانون التونسي الحق الواجب على المجتمع بكفالة كل فرد محتاج إما بتأمين العمل له أو بتوفير العيش الكريم له عن كاهل المجتمع ليضعه على كاهل الزوج، فأوجب التعويض للمطلقة إلى أن تستغني بعمل أو ميراث أو غير ذلك من وسائل الكسب أو تستغني بالزواج من آخر.

وإننا نرى أن رفع البؤس والفقر من الحقوق الواجبة على الأسرة أولاً ثم على الدولة ولا يجوز رفعه عن كاهل الأسرة والدولة ليوضع على كاهل الزوج وكان ينبغي أن ينص في قوانين الأحوال الشخصية على ذلك الحق في باب النفقات.

ومما يؤكد أن القوانين تعسفت في استعمال مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي أنها قدرته بالنفقة

---

(١) من المحاكم التي أخذت به محكمة مصر الكلية ١٩٢٦، ومن المحاكم التي رفضته محكمة الاستئناف سنة ١٩٢٨ وسنة ١٩٣١، انظر: «الطلاق في الشريعة الإسلامية» للدكتور أحمد الغندور، (ص٧٧)، وفي سنة ١٩٥٨ أخذت محكمة استئناف القاهرة بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، انظر: الأحوال الشخصية لأحمد الكبيسي (١٧٩). =

والأصل أن يقدر بمقدار الضرر الذي لحق بالمطلقة، كما أنها تفاوتت في الحد الأعلى للمدة الزمنية.

والذي أراه أنه إن تعسف الزوج بالطلاق فقد تعسفت القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض في مقدار العقوبة المالية وفي تكييفها لها، وهذا شأن التشريع الذي يضعه البشر من عند أنفسهم وأرى لذلك العدول عن مبدأ التعويض الذي يقدره البشر فتختلف فيه العقول، وتتدخل فيه الأهواء إلى الأخذ بنظام المتعة الذي أقرته الشريعة الإسلامية.

نظام المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي

قال الأزهري: المتاع في اللغة: كل ما انتفع به.

ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق[1].

والأصل في مشروعيتها قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٤٩]، وقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ٢٤١].

والمتعة المشروعة يدفعها الزوج للزوجة إذا حصل التفريق بين الزوجين بسبب من الزوج كالطلاق. والفرقة بالإيلاء واللعان، والجبّ، والعُنَّة وردَّته وإبائه الإسلام وفعله ما يوجب حرمة المصاهرة أما إذا حصلت الفرقة من الزوجة فلا متعة لها.

الحكمة من مشروعية المتعة:

أولاً: لما جعل الله تبارك وتعالى الطلاق بيد الرجل رتب عليه التزاماً وهو المتعة حتى لا يتعسف في استعمال الحق، فلا يوقعه إلا بعد ترو وأناة واستنفاذ وسائل الإصلاح الممكنة، ولا يقال إن المهر المؤجل والنفقة في العدة يؤديان الغرض، فإنهما وإن كانا كذلك فإن في المتعة مزيد تأكيد على المعنى نفسه، كما أن النفقة هي في مقابل احتباسها عن العمل لحق الزوج. وأما المهر فإن كان معجلاً فلا يؤدي الغرض المراد بالتروي في الطلاق، كما أن الناس يتساهلون فيه غالباً، وإن كان مؤجلاً فقد يكون قليلاً لا يؤدي الغرض وإن كان كثيراً وانضمت إليه المتعة كان ذلك أدعى إلى التَّروِّي.

ثانياً: لما كان للأسر أثر كبير في تقوية الصلات بين أفراد المجتمع فبها تنتشر المودة بين القبائل والشعوب، أمكن أن يكون للتفريق أثر في القطيعة وعدم التراحم بين القبائل والشعوب، لذا أمر الله عز وجل أن يكون التفريق بإحسان ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وحتى يكون كذلك أمر الزوج بإعطاء الزوجة متعة وحثه على ذلك في آيات كثيرة، وبين أنها من علامات التقوى ومن صفات المحسنين ترغيباً لهم على الامتثال بها.

---

(١) لسان العرب، (فصل الميم، كتاب العين ٨/ ٣٣٠).

ثالثاً: إن في تمتيع الزوجة إزالة لإيهام قد يدور في نفوس الكثيرين بأن الزوج طلقها لشيء قد رابه منها، وفي هذا يقول الشيخ محمد عبده: «إن في الطلاق غضاضة وإيهاماً بأن الزوج ما طلقها إلا وقد رابه شيء منها، فإذا هو متعها متاعاً حسناً تزول هذه الغضاضة ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة لنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به، لا من قبلها، لأن الله تعالى أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاقة فجعل هذا التمتيع كالمرهم لجرح القرب»[1].

حكم المتعة:

ذهب الشافعية[2] وهو قول الشافعي الجديد وأحمد في رواية عنه[3] إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها مهر.

ودليلهم عموم قول الله عز وجل: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة: ٢٤١].

أما المطلقة قبل الدخول وقد سمى لها المهر فلا متعة لها لقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

وذهب ابن حزم[4] وابن جرير الطبري[5] إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء في ذلك المدخول بها أو غير المدخول بها، سمي لها مهر أم لا، لعموم قوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة: ٢٤١].

وقال المالكية[6]: المتعة مستحبة غير واجبة في جميع الأحوال، لأن الله تبارك وتعالى حض المحسنين على سبيل الإحسان والتفضيل، والإحسان ليس بواجب ولو كانت واجبة لم تختص بالمحسنين دون غيرهم.

قال ابن جزي المالكي: «متعة المطلقات وهي الإحسان إليهن حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله من القلة والكثرة، وهي مستحبة، وأوجبها الشافعي.

والمطلقات ثلاثة أقسام: مطلقة قبل الدخول وقبل التسمية، فلها المتعة وليس لها شيء من الصداق، ومطلقة بعد الدخول سواء كانت قبل التسمية وبعدها فلها المتعة اتفاقاً، ولا متعة في كل فراق تختاره المرأة، كامرأة المجذوم والعنين والأمة تعتق تحت العبد، ولا في الفراق بالفسخ ولا المختلعة ولا الملاعنة»[7].

---

(١) تفسير المنار (٢/ ٤٣٠)، نقلاً عن الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، د. أحمد غندور، (ص٦٩).
(٢) مغنى المحتاج (٣/ ٢٤١).
(٣) المغني: (٧/ ١٦٧)، المقنع: (٣/ ٩٣).
(٤) المحلى (١٠/ ٣).
(٥) المرجع السابق.
(٦) بداية المجتهد (٢/ ١١٥).
(٧) القوانين الفقهية (ص٢٣٨).

وذهب الحنفية والشافعي في القديم وأحمد في رواية ثانية عنه إلى وجوب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولم يُسَم لها مهرٌ في العقد، وما عداها من النساء المطلقات يندب تمتيعهن. ولا يجب حيث حملوا في الآيات التي استدل بها الشافعية ومن معهم على الاستحباب لا الوجوب[1].

والذي يرجح لديّ هو ما ذهب إليه الشافعية من وجوب المتعة، لكل مطلقة عدا التي طلقت قبل الدخول وسمي لها مهر في العقد فلها نصف المهر لقوة أدلتهم، وعلى فرض القول بالندب وهو ما ذهب إليه الجمهور فإن للحاكم أن يأمر به فيكون واجباً.

إن في الأخذ بهذا الرأي تخفيفاً عن فرض عقوبة على الزوج جزاء تعسفه في الطلاق ووضع حد للأزواج الذين يتعسفون في الطلاق، وجبر لخاطر المرأة، ودفع للضرر عنها، وفيه امتثال لأمر الله بأن يكون التفريق بإحسان، وأرى وجوبه أيضاً على من لم يكن متعسفاً في تطليقه لزوجته لأن الله تبارك وتعالى جعلها على المحسنين المتقين، فقال تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة: ٢٤١]، وقال ﴿ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. ومن يتصف بهذه الصفات لا يتعسف في طلاقه فلا يهدم عقداً سماه الله ميثاقاً غليظاً بغير مبرر شرعي، ولا يتعد حدود الله، ومع هذافإن الخطاب عام يشمل كل مطلق.

وإذا أخذنا بوجوبها على كل مطلق حافظنا على أسرار البيوت وأعراض المسلمين من أن تنالها الألسن وأن يتحدث بها في ساحات المحاكم ووفرنا الوقت على القضاء ولم يستفحل الشر بين الأسر لأننا إذا أخذنا بمبدأ التعويض عن التعسف في استعمال حق الطلاق الذي أخذت به قوانين الأحوال الشخصية حاول كل من الزوجين إلصاق التهم بأخيه ليبرأ ساحته، أو ليحصل على مكسب مادي، فيقع كل منهما في الحرام لاسيما مع قله الوازع الديني في هذه الأيام. ولا يفوتنا أن نذكر بأن المسلم إذا علم أن ما طبق عليه من نظام المتعة هو ما أمر الله تبارك وتعالى أذعن له وأطاع وسلم بأمر الله، على العكس من تطبيق نظام بشري وقد رأينا كيف اختلفت فيه تشريعات قوانين الأحوال الشخصية حتى أوجبت على الزوج ما هو واجب على الأمة بكفالة العيش الكريم للمرأة وكل فرد من أفراد المجتمع السليم.

تقدير المتعة:

ذهب بعض الفقهاء[2] الى أن المتعة معتبرة بحال الزوج لقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

ذهب بعض الفقهاء[3] الى أنها معتبرة بحال الزوجة لقوله تعالى: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾

---

(١) تبين الحقائق وحاشية الشلبي (٢/ ١٤٠)، روضة الطالبين (٧/ ٣٢١)، والمغني (٨/ ٤٧).

(٢) وهو رأي المالكية والحنابلة وبعض الشافعية وأبو يوسف، انظر: المهذب (٢/ ٦٣)، مغني المحتاج (٣/ ٢٤٢)، المغني (٧/ ١٧١)، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢/ ١٤٠)، والبحر الرائق (٣/ ١٥٨)، القوانين الفقيه (ص٢٣٨).

(٣) وهو رأي لبعض فقهاء الشافعية والحنفية انظر: المراجع السابقة.

[البقرة: ٢٤١]. فالمعروف: أن تعطى كل امرأة ما يليق بها، ثم إن المتعة مقدرة في بعض صورها بنصف مهر المثل عند الفقهاء وهي صورة غير المدخول بها ولم يسم لها مهر في العقد، والمهر إنما يعتبر بحسب حال الزوجة لا الزوج.

وذهب آخرون[1] إلى أنها معتبرة بحال الزوجين جمعاً بين الأدلة السابقة.

وأرى ترجيح القول بأن المتعة معتبرة بحال الزوجين جمعاً بين الأدلة.

مقدارها:

فقد ذهب الشافعية في الراجح والحنابلة[2] في وجه إلى أنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره فيرجع فيه إلى الحاكم كسائر الأمور الإجتهادية.

وذهب بعض الشافعية إلى القول بأنها تصح بما يصدق عليه اسم المال وهذا رأي مرجوح لأن الله تبارك وتعالى جعلها على الموسر بقدر طاقته فلا يقبل منه ما يصدق عليه اسم المال كما أنه سبحانه قال: ﴿مَتَٰعًا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وليس من المعروف أن يعطي الغني امرأته ما يصدق عليه اسم المال.

وذهب بعض الحنابلة[3] إلى أن أعلاها خادم على الموسر، وأدناها كسوة، وهذا رأي وجيه إلا أنه لم يبين لها حداً أعلى وحداً أدنى، يمكن أن نسترشد به في اعتبار مقدارها.

وذهب الحنفية[4] الى ما يقرب من هذا الرأي فقدروها بالمعروف على حسب زمانهم فقالوا في المتعة الواجبة: هي درع وخمار وملحفة، وحدها الأعلى ألا تزيد على نصف مهر المثل، وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم، لأنها قائمة مقام نصف مهر، ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل، فلا تزيد على نصفه، وأقل المهر عندهم عشرة دراهم فلا تقل عندهم عن نصفه، وللمطلق أن يزيد على نفسه ما شاء، ويلاحظ أن قول الحنفية في تقدير المتعة الواجبة عندهم لا المستحبة.

والذي أميل إليه: هو أن يُرجعَ في تقدير المتعة إلى الحاكم شريطة ألا تزيد في حدّها الأعلى على مهر المثل لأن الحق الواجب لها بعقد الزواج هو مهر المثل، في حالة عدم تسمية المهر أو حالة التسمية الفاسدة أو الاختلاف في مقدار المهر، فلا تزيد بالمتعة -وهي أثر من آثار العقد- عما وجب بالعقد، ولم نقدرها بالمهر المسمى لأنه قد يفرض كثيراً للمغالاة، والمباهاة وقد يكون قليلاً تيسيراً على الزوج.

كما أن النقود المذكورة في العقد تختلف قيمتها من زمن لآخر فلا يتحقق العدل المطلوب، فكان الأولى جعل الأمر إلى القاضي لينظر في مقدار مهر المثل في الزمان الذي حدث فيه الطلاق، فيقدر المتعة به.

---

(١) وهو رأي لبعض الشافعية والحنفية انظر: المراجع السابقة.

(٢) المهذب (٢/ ٦٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٤١)، والمنهاج (٣/ ٢٩١)، والمغني (٦/ ٧١٧).

(٣) المغني (٧/ ١٧١).

(٤) تبين الحقائق (٢/ ١٤٤)، والهداية (١/ ٢٠٦).

المطلب الثاني

في التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي

تمهيد: في تقييد حق الزوج في الطلاق:

سبق القول إن الأصل في الطلاق الحظر وإن الزوج يكون متعسفاً إذا كان طلاقه من غير حاجة تدعو إليه، ولما كان الواقع يدل على تعسف الكثير من الأزواج فقد ذهب بعض الكاتبين[(١)] إلى القول بضرورة تقييد حق الزوج في الطلاق، فلا يقع طلاق إلا أمام القضاء أو أمام الشهود.

وقال بعضهم[(٢)]: بضرورة الحجر على الزوج وجعل الطلاق بيد القاضي فلا يوقعه القاضي إلا إذا اقتنع بالأسباب الموجبة للتطليق وذلك حماية للأسرة من الانهيار لأتفه الأسباب أو لتعسف أحد الزوجين، وفي هذا مساواة بين الرجل والمرأة في الطلاق، وهذا الرأي لا يستقيم من الناحية العملية في معالجة الخلل الذي أصاب الأسرة وقطع أواصر المودة والرحمة بين الزوجين لأن القضاء إنما يفصل في القضايا بناء على الأدلة والبينات، والحياة الزوجية لا تخضع للإثبات كما هو الأمر في سائر العقود، كما أن الحياة الزوجية تقوم على العاطفة، وهذه لا تقع تحت نظر القضاء ولا يستطيع جبر كسرها لأنها أمور نفسية، فقد يحكم القاضي بعدم التطليق ويرد الزوجين إلى بيتهما.

وقد يُدين أحد الزوجين فيوبخه أو يسجنه أو يغرمه، ولكن هل يستطيع أن يرد للحياة الزوجية دفأها ونعيمها وطمأنينتها فيسكن كل من الزوجين لصاحبه وتسير الحياة الزوجية في وئام تنبض بالمودة والرحمة ؟ أم أنها تكتوي بنار الضغينة وتتأجج في عروقها يوماً بعد يوم روح الكراهية والعدوان فيكون التفريق الجسماني والوقوع في حمأة الرذيلة، إلا من رحم الله، والأمم التي لم تأخذ بنظام الطلاق استبدلته بنظام التفريق الجسماني فلم تبق على الأسرة ولا على الفضيلة. وقد لاحظت بعض الأمم مؤخراً خطورة الأمر فشرعت الطلاق ووسعت دائرته إلى حد كبير، ولو نظرنا إلى حالات الطلاق والتفريق الجسماني عند الأمم التي تقيده فتجعله بيد القضاء أو تمنعه لوجدناها تزيد أضعافاً كثيرة عن حالات الطلاق عند الأمم التي تأخذ بنظام الإسلام في الطلاق فتقر الطلاق بالإرادة المنفردة. وما ذلك إلا لعوامل أخرى مرتبطة بالعقيدة والسلوك والتربية، وحتى في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة فإن التفريق بإحسان، أو يفترض فيه أن يكون كذلك فنحافظ على بقاء المودة بين العشائر والقبائل التي ينتمي إليهما الزوجان، أما إذا كان التفريق لا يتم إلا بطريق القضاء فقد وسعنا دائرة الشقاق ونقلناه إلى الأسر الأخرى، ثم لمصلحة مَنْ أن تنشر أسرار الأسر في ساحات القضاء وأن تسجل في سجلاته ؟ وهل بعد كل الاتهامات التي يكيلها كل زوج لصاحبه تستقيم الحياة الزوجية ؟

إن تقييد حق الرجل في الطلاق يفترض السفه في كل الرجال فيحجر عليهم وهذا يخالف

(١) الأحوال الشخصية لأبي زهرة (٤٣٩).

(٢) الأحوال الشخصية للغندور (ص٣٤١، ط٣،سنة ١٩٨٥م).

مبادىء القانون التي لا تجيز الحجر إلا بموجب.

وأخيراً فإننا في ديار الإسلام نؤمن بأن حكم الله عز وجل يجب اتباعه لأنه تشريع لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وقد جعل سبحانه الطلاق بيد الرجل وأكدته سنة رسول الله (ﷺ) وأجمع عليه علماء الأمة الإسلامية. قال تعالى: ﴿ وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَۖ وَسَآءَتۡ مَصِيرًا﴾ [النساء: ١١٥].

وقد نصَّ القانون التونسي في الفصل (٣) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه: (لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة).

وجاء في الفصل (٣١) يحكم بالطلاق:

١- تراضي الزوجين.

٢- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من الضرر.

٣- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة.

وقد ألزم القانون العراقي من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب إيقاع الطلاق واستحصال حكم به، ومفاد هذا النص أن الطلاق لا يقع إلا بطريق القضاء كما هو الأمر في القانون التونسي، إلا أن المشرع العراقي نص على وجوب تسجيل الطلاق في المحكمة إن تعذر على المطلق مراجعة المحكمة لرفع دعوى واستحصال حكم به.

ويبدو أن المشرع العراقي أراد أن ينحو منحى القانون التونسي في تقييد حق الطلاق، ولكنه عدل عن ذلك وجعل القاعدة الأصلية وجوب رفع الدعوى. ولا يجوز مخالفة القاعدة إلا في حالة تعذر مراجعة المحكمة لأسباب تقدرها هي. ففي هذه الحالة يجب عليه تسجيل الطلاق في العدة، وبذلك اعتد القانون العراقي بالطلاق الذي يقع خارج المحكمة، وأراد بذلك التضييق من حالات الطلاق التي تكون بغير مبرر شرعي. انظر فقرة (١) من المادة [٣٨] من القانون العراقي.

أولاً: الطلاق السني والشرعي

سبق أن بينا أن الأصل في الطلاق الحظر، وأنه شرع للحاجة عند تعذر استمرار الحياة الزوجية أو عدم تحقيقها للغرض الذي أنشأت من أجله، لذا حد الإسلام للطلاق حدوداً يجب على المطلق أن يترسمها، فإن فعل ما أمر به لم يكن طلاقه إلا للحاجة التي شرع من أجلها غالباً.

وسمي الطلاق الذي يترسم فيه المطلاق ما شرع له بطلاق السنة، وسمي غيره بطلاق البدعة، وقد وضع للطلاق السني ضوابط من حيث زمنه وعدده ووصفه.

ضوابط الطلاق السني من حيث الزمن:

الأصل في مشروعيته:

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي مستقبلات لعدتهن، بحيث يكون الطلاق متصلاً بالعدة، وعدة ذوات الحيض بالأطهار أو الحيض، على الخلاف في ذلك، فزمن طلاقها المشروع على الرأيين هو الطهر الذي لم يجامعها فيه، لأنه يحسب من عدتها عند من يرى أن العدة بالأطهار، فيكون الطلاق متصلاً بالعدة، وعند من يرى أن العدة بالحيض تبتدىء عدتها بأول حيضة بعد الطهر الذي وقع فيه الطلاق، فيكون الطلاق متصلاً بالعدة، أما إذا وقع الطلاق في الحيض لم يكن متصلاً بالعدة عند القائلين العدة بالأطهار لوجود فاصل هو ما تبقى من حيضها، ولم يكن متصلاً بالعدة عند القائلين العدة بالحيض لوجود فاصل هو الطهر بين الحيضة التي وقع فيها الطلاق والحيضة التي ستبدأ منها العدة.

وأما الآيسة والصغيرة فعدتها بالأشهر، فكل زمن وقع فيه الطلاق تبدأ العدة من تاريخه ولذلك لا يوصف طلاقها بالبدعة، ومثلها في ذلك غير المدخول بها، لأنه لا عدة عليها[١].

٢- وما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله (ﷺ). فسأل عمر بن الخطاب رسول الله (ﷺ) عن ذلك، فقال رسول الله (ﷺ): «مُرْه فليرجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن تطلق لها النساء»[٢]. وفي رواية «مُرهُ فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً»[٣].

فالحديث يدل على أن الطلاق لا يجوز زمن الحيض، ولا في الطهر الذي مسها فيه أو في الحيضة التي سبقته عند أهل العلم[٤]، ولا في طهر سبقه طلاق في حيض عند جمهور الفقهاء وهو وجه عند الشافعية، ورواية عن أحمد، وبه قال أبو يوسف ومحمد ابن الحسن وحكي عن أبي حنيفة[٥].

وقال بعض الفقهاء، وهو قول أبي حنيفة، وبعض الشافعية، ورواية عن أحمد[٦]: إن راجعها بعد الطلقة التي في الحيض ثم طلقها في الطهر الذي يليه من غير أن يمسها كان طلاقه مشروعاً لا بدعِيّاً، لما جاء في إحدى روايات حديث ابن عمر رضي الله عنهما (مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً). ويقاس على الطلاق في الحيض الطلاق في علة النفاس لأنها تبتدىء العدة من الطهر بعد النفاس أو من أول حيضة بعد الطهر الذي يعقب النفاس، فكان الطلاق زمن النفاس غير متصل بالعدة على الرأيين

---

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية: (٣٢/ ٧).
(٢) صحيح مسلم (١٠/ ٥٩). وصحيح البخاري (٩/ ٣٤٥)، وسنن النسائي (٦/ ١٤١).
(٣) صحيح مسلم (١٠/ ٥٩).
(٤) البحر الرائق (٣/ ٢٥٩، ٢٦٠).
(٥) البحر الرائق (٣/ ٢٦٠)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٣٦).
(٦) البحر الرائق (٣/ ٢٦٠)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٣٦).

السابقين في العدة.

والحكمة من تحريم الطلاق في الأحوال السابقة أن رغبة الزوج في الزوجة تقل زمن الحيض والنفاس لنفور الطبع. فقد يوقع الطلاق لنزوة غضب جامحة ولا توجد عاطفة قوية نحو زوجته ترده عنه. فمنع من إيقاع الطلاق فيه، وكذلك إذا كان الطلاق في الطهر الذي مسها فيه حيث تفتر رغبته في الزوجة، لإشباع حاجته فمنع من الطلاق في الطهر الذي مسها فيه.

كما أن في الطلاق زمن الحيض أو النفاس إطالة للعدة الواجبة عليها فيلحقها الضرر، وإذا طلقها بعد المس فقد تكون حاملاً فيندم الرجل على ما فعل. ومجمل القول أن الشرع أراد أن لا يوقع المطلق الطلاق إلا بعد تدبر ورويّة، فيكون الطلاق هو الحل الأمثل عند تعذر استمرار الحياة الزوجية[١].

فيتلخص مما سبق:

أ- لا يوصف طلاق غير المدخول بها والآيسة والصغيرة بالبدعة، لأنه لا عدة لغير المدخول بها ولا إطالة على الآيسة والصغيرة في العدة، ولأنه لا يوجد ما ينفر الزوج من الزوجة[٢].

ب- لا يوصف طلاق الحامل بالبدعة عند جمهور الفقهاء، وروي عن أحمد أن طلاق الحامل بدعي.

وعلل الجمهور بأنه لا يوجد ما ينفر الزوج من قرب الزوجة، كما أن الحمل مدعاة دائماً للتفكير والتروي فلا يوقع الزوج الطلاق إلا لحاجة ماسة، كما أن الرواية الثانية التي تقدم ذكرها تدل على أن طلاق الحامل لا يوصف بالبدعة[٣].

ج- لا يوصف الطلاق الذي يكون باتفاق الزوجين سواء كان على مال أم لا بالبدعة ولو وقع زمن الحيض[٤]، لأن الحكمة من تحريم الطلاق زمن الحيض ألا تُضارَّ الزوجةُ، أو تُهْدمَ الحياةُ الزوجية بتصرف غير متزن من الزوج، وما دام الطلاق قد وقع باتفاق الزوجين فلا شك أنهما قد نظرا في الأضرار المترتبة ورأيا أن الطلاق هو أهون الشَّرَّين.

يدل لهذا ظاهر قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١]، حيث أسند الطلاق إلى الأزواج، والمعنى إذا أردتم طلاق النساء بإرادتكم المنفردة دون مشاركة الزوجات في ذلك فطلقوهن في زمن استقبالهن للعدة، ومفهومه أن الطلاق إذا كان بإرادة الزوجين ليس له وقت محدد مشروع.

كما يدل له ما رواه ابن عباس حيث قال: (جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله (ﷺ) فقالت يا رسول الله! ثابت بن قيس إني ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام،

---

(١) شرح فتح القدير (٣/ ٣٣٣).

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٧) والبحر الرائق (٣/ ٢٥٨).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٣/ ٧)، وروضة الطالبين (٨/ ٧)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٣٧).

(٤) البحر الرائق (٣/ ٢٥٧).

فقال (ﷺ) أتردّين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فقال (ﷺ)، اقبل الحديقة وطلقها تطليقة)[1]، فالحديث يدل على أن الطلاق بالخلع أو على مال أو بارادة الزوجين لا بدعة فيه لأن النبي (ﷺ) أمره بالطلاق دون أن يستفصل هل كانت حائضاً أو مسها في الطهر أم لا ؟

د- لا يوصف الطلاق الذي يوقعه القاضي بالبدعة، لأنه لرفع الضرر[2].

ضوابط الطلاق السني من حيث العدد:

اختلف الفقهاء في الطلاق المشروع من حيث عدده ووصفه.

فذهب المالكية وأحمد في الرواية الجديدة والشيعة الإمامية[3] إلى أن المشروع هو أن يطلق الزوج زوجته طلقة واحدة رجعية، فإن زاد على ذلك في الطهر الواحد أو طلقها في الأطهار التي تليه زمن عدتها دون أن يراجعها أو طلقها ثلاثاً دفعة واحدة كان الطلاق بدعياً. لأن الحاجة تندفع بالواحدة وفي الزيادة عليها تضييق على الزوج، فقد يرى ردها في أثناء العدة، أو أن يتزوجها بعد انتهاء العدة فيرجع إليه في الحالتين بما بقي له من عدد الطلقات، فإن كان قد طلقها أكثر من واحدة فقد ضيق على نفسه بإنقاص ما أعطاه الشارع من عدد الطلقات ليراجع زوجته إن ندم على فعله، وإن طلقها في كل طهر من أطهار العدة طلقة حتى بلغ ثلاثاً فقد بانت منه بينونة كبرى فلا يستطيع زواجها إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره، فالزيادة على الطلقة الواحدة الرجعية تضييق على الزوج في العودة إلى زوجته، والله تبارك وتعالى أرشد إلى أن رجوع الزوجة إلى زوجها أولى من زواجها بالغير، قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولا يكون هذا باستكمال الزوج للطلقات الثلاث، كما بين سبحانه أن النفوس قد تتغير فيرى الزوج مراجعة الزوجة فلا يجوز له أن يطلق أكثر من واحدة، قال تعالى في شأن الطلاق ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١].

أما إذا طلقها في الطهر الذي لم يمسها فيه طلقة ثم ندم وراجعها ثم طلقها طلقة واحدة رجعية فلا يعتبر طلاقه الثاني بدعياً، لأن الحاجة إلى الطلاق تجددت بعد المراجعة، ثم إن راجعها بعد الطلقة الثانية ثم تجددت الحاجة إلى طلاقها فطلقها طلقة فأصبحت بذلك بائنة بينونة كبرى لم يكن الطلاق بدعياً في الحالة الثالثة، وإن كان موصوفاً بالبينونة الكبرى، لأن الحاجة دعت إلى الطلاق، ولا يكون في المرة الثالثة إلا بائناً بينونة كبرى[4].

ويدل لهذا حديث ابن مسعود -رضي الله عنه- قال: (طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء)[5] وما روي عن علي رضي الله عنه قال: (لا يطلق أحد

---

(١) صحيح البخاري (٩/ ٣٩٥ - فتح).

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٩).

(٣) المغني (٧/ ٢٩٩) مجموع الفتاوى (٢٣/ ٧)، وجواهر الاكليل (١/ ٣٣٧).

(٤) البحر الرائق (٣/ ٢٥٨).

(٥) مصنف عبد الرزاق (٦/ ٣٠٣).

للسُّنَّة فيندم)[1].

ومثل هذا نقل عن جمع غفير من أصحاب رسول الله (ﷺ) حيث كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تمضي عدتها[2] وهو ما أرشد إليه النبي (ﷺ) في حديث ابن عمر وقد جاء لبيان الطلاق المشروع.

وذهب الحنفية إلى أن الطلاق السني ينقسم من حيث العدد إلى قسمين هما:

الأول: أحسن الطلاق: وهو ما تقدم ذكره عند المالكية والحنابلة في الراجح من مذهبهم والشيعة الإمامية.

الثاني: حَسَنُ الطلاق: وهو أن يطلق زوجته طلقة واحدة في كل طهر من أطهار العدة حتى تنتهي الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته بانتهاء العدة.

واحتجوا:

بما ورد في رواية لحديث ابن عمر (ما هكذا أمر الله قد أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء)[3].

وخالفهم في القسم الثاني أصحاب المذهب الأول حيث اعتبروه بدعياً لاندفاع الحاجة بالواحدة.

وأجابوا عن رواية حديث ابن عمر بأن في إسنادها عطاء الخراساني وهو مختلف فيه، قال البخاري: ليس فيمن روى عنه مالك من يستحق الترك غيره، وكذبه سعيد بن المسيب، وقال فيه شعبة: كان نسيا. وقال ابن حبان: هو من خيار عباد الله ولكنه كثير الوهم، سيء الحفظ ويخطىء، فلا تقوى روايته على معارضة الروايات الأخرى والأدلة الصحيحة.

فالراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول[4].

أما إذا طلقها في الطهر الواحد الذي لم يمسسها فيه أكثر من طلقة كان طلاقه بدعياً عند الفريقين.

وذهب الشافعية إلى أنه لا بدعية عندهم من حيث العدد ولا من حيث الوصف كما سيأتي بيانه عند الكلام على البدعية من حيث الوصف.

ضوابط الطلاق من حيث الوصف:

اتفق الفقهاء على أن الطلاق الرجعي هو طلاق للسنة كما أنهم اتفقوا على أن الطلاق البائن في الأحوال التالية لا يوصف بالبدعة:

---

(١) المغني (٧/٢٩٩).
(٢) المرجع السابق.
(٣) البحر الرائق (٣/٢٥٦).
(٤) نيل الأوطار (٦/٢٤٢).

أ - طلاق غير المدخول بها، لأنه قد تدعو الحاجة إليه ولا يكون إلا بائناً.

ب- الطلاق الذي يوقعه القاضي، لأنه لرفع الضرر.

جـ- الطلاق المكمل للثلاث، لأنه قد تدعو الحاجة إليه وعندئذ لا يكون إلا بائناً.

د- الطلاق باتفاق إرادة الزوجين سواء كان على مال أم لا، لأنه لا يكون إلا عن تروٍ وتدبر، ولرفع ضرر أكبر. أما إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً بينونة كبرى مرة واحدة أو في طهر أو طهرين فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والحنابلة في الرواية الجديدة عن الإمام أحمد والشيعة الإمامية[٣] إلى أنه طلاق بدعي[٤].

واحتجوا:

١- بقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ ﴾ [البقرة: ٢٢٩-٢٣٠]. ووجه الدلالة أن لا طلاق شرعاً إلا كذلك بأن يكون في حالتين، حال يجوز فيها الإمساك بالمعروف وحال لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فالطلاق ثلاثاً بمرة واحدة غير مشروع[٥].

٢- وبما روي عن محمد بن لبيد قال أخبر رسول الله (ﷺ) عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فغضب، ثم قال: «أيُلعبُ بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله»[٦].

٣- وبما ورد في رواية لحديث ابن عمر أنه قال: قلت: يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً ؟ قال: «إذاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك»[٧].

---

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٥٧)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٣١)، ومجمع الأنهر (١/ ٣٨٢).

(٢) جواهر الاكليل (١/ ٣٣٧)، والمقدمات لابن رشد (٣٨٥).

(٣) المغني (٨/ ٢٤١).

(٤) يرى الحنفية أن طلاق المدخول بها يكون بائناً بألفاظ الكنايات، وبالألفاظ الصريحة الموصوفة بالشدة أو العظم، وعلى ذلك فإن طلاقها طلاقاً بائناً كان طلاقه بدعياً للصفة ولو لم يوقع عليها إلا طلقة واحدة في الطهر الذي لم يمسها فيه، ولا يرى جمهور الفقهاء أن الطلاق يقع بائناً ببينونة صغرى إلا في ثلاثة أحوال هي: الطلاق على مال، أو قبل الدخول، أو بطريق القضاء. ولا يوصف الطلاق في الأحوال الثلاثة بالبدعة لما سبق، انظر رأي الحنفية في: البحرالرائق (٣/ ٢٥٧).

(٥) شرح فتح القدير (٣/ ٣٣٢).

(٦) أخرجه النسائي في «السنن»، (كتاب الطلاق، باب الثلاث).

(٧) المغني (٨/ ٢٤١).

٤- وبما روي عن علي رضي الله عنه قال: سمع النبي (ﷺ) رجلاً طلق البتة فغضب، وقال: «تتخذون آيات الله هزواً، أو دين الله هزواً ولعباً ؟ من طلق البتة ألزمناه ثلاثاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره»[(١)].

٥- وبما روي أن عمر بن الخطاب كان إذا أتى برجل طلق ثلاثاً أوجعه ضرباً[(٢)].

٦- وبما روي أنه جاء رجل إلى ابن عباس فقال له: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً فقال: إن عمك عصى الله وأطاع الشيطان، فلم يجعل الله له فرجاً. ووجه قول ابن عباس العمل بظاهر قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ وقوله تعالى: ﴿ لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾ [الطلاق: ١] وقوله تعالى: ﴿ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا ﴾ [الطلاق: ٢] ﴿ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مِنْ أَمْرِهِۦ يُسْرًا ﴾ [الطلاق: ٤] ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر يحدث ولم يجعل الله له مخرجاً ولا من أمره يسرا[(٣)].

٧- ولأنه تحريم للزوجة بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار، بل هو أولى لأن الظهار يرتفع تحريمه بالتكفير. وهذا لا سبيل للزوج إلى رفعه بحال ثم إن فيه إلحاق ضرر بنفسه وبزوجه من غير حاجة فيدخل تحت قوله (ﷺ) «لا ضرر ولا ضرار»[(٤)].

٨- إن الأصل في الطلاق الحظر فلم يبح إلا لحاجة الخلاص من المفاسد التي قد تعرض في الدين والدنيا ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث لأن الحاجة تندفع بالواحدة[(٥)].

المذهب الثاني:

ذهب الشافعية وأبو ثور الظاهري وأحمد في الرواية القديمة عنه[(٦)] إلى أنه: لا بدعية في العدد والوصف فلو طلقها طلقتين أو ثلاثة في الطهر الواحد أو المرة الواحدة أو فرقها على الأطهار لم يوصف طلاقه بالبدعية ما دام أنه طلقها في الزمن الذي شرع أن يطلق فيه كما مر.

واحتجوا:

١- بأن حديث ابن عمر ليس فيه نهي عن عدد الطلقات، وإنما النهي فيه عن الطلاق في زمن الحيض، أو الطهر الذي مسها فيه والحظر لا يكون إلا بدليل ولم يوجد[(٧)]. ولا يوصف الطلاق في

---

(١) المغني (٨/ ٢٤١).
(٢) المغني (٨/ ٢٤١).
(٣) المغني (٧/ ٣٠٢)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٣٢).
(٤) سبق تخريج الحديث وانظر: المغني (٨/ ٣٦٩).
(٥) شرح فتح القدير (٣/ ٢٣٢).
(٦) الفتاوى الهندية (٣٣/ ٨)، والمغني (٧/ ٣٠١)، وروضة الطالبين (٨/ ٩)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٣١)، ومجمع الأنهر (١/ ٣٨٢).
(٧) المغني (٧/ ٣٠١).

الأحوال الثلاثة بالبدعة لما سبق.

٢- بما روي أن عويمر العجلاني لمّا لاَعَنَ امرأته أنه قال: كذبتُ عليها يا رسول الله إن أمسكتها فَطَلقَها ثلاثاً قبل أن يأمره النبي (ﷺ). ولم ينقل إنكار النبي (ﷺ)[١] [٢].

٣- وبما روي عن عائشة أن امرأة رفاعة جاءت إلى رسول الله (ﷺ) فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فَبَتَّ طلاقي[٣] [٤].

٤- وبما روي عن فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل لها بثلاث تطليقات[٥] [٦].

٥- ولأنه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء[٧].

وأجيب عما استدل به الشافعية:

من أن حديث ابن عمر لا دلالة فيه على تحريم الطلاق الثلاث ولا تحريم إلا بدليل وبأن الأدلة التي قلمناها تدل على تحريم الطلاق الثلاث. أما حديث عويمر العجلاني فلا حجة فيه لأن التفريق بين الزوجين قد تم بالملاعنة لا بالطلاق.

ويرى الشافعية أن التفريق بين الزوجين يتم بملاعنة الزوج فقط، والتفريق بالملاعنة يفيد التحريم المؤبد عند جمهور الفقهاء، فالطلاق بعده لا يلحق الزوجة كالطلاق بعد انفساخ العقد بالرضاع أو حرمة المصاهرة.

ولا حجة لهم في حديث رفاعة لأنه لم يحصل بين يدي النبي (ﷺ) حتى يقال أن النبي (ﷺ) أقره عليه. ولم يحضر المطلق إلى النبي (ﷺ) حتى ينكر عليه وإنما نقل إليه خبر فعله، وبمثله يجاب عن حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها طلقة واحدة كانت بقيت لها من طلاقها، وعلى هذه الرواية ليس في فعله بدعة، لأنه لم يطلق ثلاثاً مرة واحدة وإنما دعت الحاجة إلى الطلاق فطلقها طلقة واحدة وكانت آخر الطلقات الثلاث ولا بدعية في هذا بإتفاق[٨].

حكم الطلاق البدعي:

لا خلاف بين العلماء في أن الطلاق البدعي محرم ديانة، واختلفوا في وقوعه وترتب الآثار عليه.

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وبعض الزيدية إلى أن الطلاق البدعي

---

(١) المغني (٧/ ٣٠١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٣١).
(٢) صحيح البخاري (كتاب الطلاق، باب التلاعن في المسجد/ رقم الحديث ٥٣٠٩).
(٣) المغني (٧/ ٣٠١).
(٤) صحيح البخاري (كتاب الطلاق، باب من جوز الطلاق/ رقم الحديث ٢٥٦٠).
(٥) المغني (٧/ ٣٠١)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٣١).
(٦) صحيح مسلم (كتاب الطلاق، باب المطلقة البائن لا نفقة لها- ١٠/ ٤٩).
(٧) المغني (٧/ ٣٠١).
(٨) المغني (٧/ ٣٠٢).

يقع، ويترتب عليه آثاره، وبهذا قال أكثر التابعين[1].

واحتجوا:

١- بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي (ﷺ) فتغيظ فيه رسول الله (ﷺ) ثم قال: «ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء»[2].

وفي رواية متفق عليها (وكان عبد الله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها).

وفي رواية أن ابن عمر كان إذا سئل عن ذلك قال لأحدهم: (أما أنت طلقت امرأتك مرة أو مرتين فإن رسول الله (ﷺ) أمرني بهذا، وإن كنت طلقتها ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك، وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق امرأتك)[3] [4].

فالروايات صريحة في أن الطلقة التي أوقعها ابن عمر رضي الله عنه في الحيض قد حسبت عليه بدليل أمره بمراجعتها، ولو لم تقع لما أمر بالمراجعة، وقد صرح في الرواية الثانية بأنها حسبت عليه، وكان يفتي الناس بوقوع الطلاق البدعي.

٢- بما أخرجه الدارقطني من رواية ابن أبي ذؤيب أن نافعاً أخبرهم عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر رسول الله (ﷺ) عن ذلك، فقال: «مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ذلك، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء وهي واحدة»[5].

قال صاحب نيل الأوطار: قال في الفتح: وهذا نص في محل النزاع يجب المصير إليه[6].

٣- وبما أخرجه الدارقطني أيضاً عن شعبة عن أنس بن سيرين عن ابن عمر أن عمر قال: يا رسول الله: أفتحتسب بتلك التطليقة؟ قال: (نعم)[7].

قال الحافظ: رجاله إلى شعبة ثقات[8].

٤- وبما جاء من رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال: قلت لابن عمر: (أفتعتد عليه أو تحتسب

---

(١) مجموع الفتاوى (٣٣/٨)، ونيل الأوطار (٦/٢٣٧)، والمغني (٧/٢٩٩)، وشرح فتح القدير (٣/٣٢٩)، والقوانين الفقهية (٢٢٧)، ومغني المحتاج (٣/٣٠٩).

(٢) صحيح مسلم (كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض- ١٠/٥٩).

(٣) صحيح مسلم (كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض- ١٠/٦٢).

(٤) نيل الأوطار (٦/٢٣٥)، والمغني (٧/٢٩٩).

(٥) سنن الدارقطني (٤/١٠).

(٦) نيل الأوطار (٦/٢٣٨).

(٧) سنن الدار قطني (٤/١٠).

(٨) نيل الأوطار (٦/٢٣٨).

عليه: قال: نعم، أرأيت إن عجز أو استحمق[1]. والمعنى: أن عجز المطلق وحمقه لا يعتبران عذرا في عدم الاعتداد بطلاقه إذا حَالا دون الطلاق المشروع[2].

٥- وبما روي أن بعض الصحابة كانوا يفتون بوقوع الطلاق البدعي. منهم زيد بن ثابت وعثمان بن عفان، وهذا من الأمور التي لا اجتهاد فيها، فكان قولهم في حكم الحديث المرفوع إلى النبي، فكان حجة[3].

٦- وبما روي عن عكرمة قال: قال ابن عباس: (الطلاق على أربعة أوجه، وجهان حلال ووجهان حرام، فأما اللذان هما حلال، فأن يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع، أو أن يطلقها حاملاً مستبيناً حملها، وأما اللذان هما حرام فأن يطلقها حائضاً، ويطلقها عند الجماع لا يدري اشتمل الرحم على ولد أم لا[4].

وذهب الشيعة الإمامية وبعض الخوارج وبعض المعتزلة والباقر والناصر والصادق من الزيدية وابن حزم من أهل الظاهر وابن تيمية وابن القيم من الحنابلة إلى القول بعدم وقوع الطلاق البدعي[5].

واحتجوا:

١- بأن الله تعالى أمر بإيقاع الطلاق في العدة، فإذا طلق في وقت لم يأمر بالطلاق فيه لم يقع كالوكيل إذا أوقع الطلاق في زمن لم يأمره الموكل بإيقاع الطلاق فيه لم يقع طلاقه، قال (ﷺ) «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رَدّ»[6] [7].

٢- وبما رواه أبو الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عروة يسأل ابن عمر: كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضاً؟ فقال ابن عمر: طلق ابن عمر امرأته حائضاً على عهد رسول الله (ﷺ) فسأل عن ذلك رسول الله (ﷺ) فقال: إن عبد الله طلق امرأته، وهي حائض، فقال عبد الله: فردّها عليّ ولم يرها شيئاً، وقال إذا طهرت فليطلق أو ليمسك، قال ابن عمر: وقرأ النبي (ﷺ): ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[8] [9].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٧٠) بلفظ قريب في كتاب الطلاق باب في طلاق السنة.
(٢) المغني (٧/ ٢٩٩).
(٣) فرق الزواج لعلي الخفيف (ص٢٥).
(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (١٠٣٩٠)، والدراقطني «في سننه» (٤/ ٥).
(٥) نيل الأوطار (٦/ ٢٣٧)، ومجموع الفتاوى (٣٣/ ٨)، والمغني (٧/ ٢٩٩)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٢٩)، والمحلى (٩/ ٣٦٣)، وزاد المعاد (٤/ ٤٥).
(٦) المغني (٧/ ٢٩٩).
(٧) أخرجه مسلم في «صحيحه» (١٢/ ١٦)، (كتاب الأقضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور-١٢/ ١٦).
(٨) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٧١) في كتاب الطلاق، باب من طلاق السنة.
(٩) نيل الأوطار (٦/ ٢٣٩).

قال ابن القيم: رجاله ثقات أئمة حفاظ[1].

وقد روى ابن عبد البر زيادة الزبير الحميدي في الجمع بين الصحيحين، وقد التزم أن لا يذكر فيه إلا ما كان صحيحاً على شرطهما[2].

٣- وبما أخرجه سعيد بن منصور من طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر (أنه طلق امرأته وهي حائض، فقال رسول الله (ﷺ) «ليس ذلك بشيء»)[3].

٤- وبما أخرجه ابن حزم في المحلى بسنده المتصل إلى ابن عمر من طريق عبد الوهاب الثقفي عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض: (لا يعتد بذلك). وقال إسناده صحيح[4].

٥- روى ابن عبد البر أن عدداً من السلف قال بعدم وقوع الطلاق البدعي، فقد روى عن الشعبي أنه قال: (إذا طلق الرجل امرأته وهي حائض لم يعتد بها في قول ابن عمر).

وقال ابن عبد البر في «التمهيد» لقد تابع أبا الزبير على ذلك -أي في القول بعدم وقوع الطلاق البدعي- محمد بن عبد العزيز بن أبي رواد ويحيى بن سليم وإبراهيم ابن أبي حسنة[5].

وحكاه أبو النصر عن إسماعيل بن عُليّة وهشام بن الحكم[6].

مناقشة أدلة القائلين بوقوع الطلاق البدعي:

أجاب ابن القيم عما استدل به الجمهور من أن النبي (ﷺ) أمر ابن عمر بمراجعة زوجته، والرجعة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق، حيث قال: إن الرجعة قد وضعت في كلام رسول الله (ﷺ) على ثلاثة معان:

أحدها: بمعنى ابتداء النكاح، قال تعالى: ﴿فإن طلقها فلا جناح عليهما إن يتراجعا﴾، ولا خلاف بين أحد من أهل العلم أن المطلق ههنا هو الزوج الثاني، وأن التراجع بينها وبين الزوج الأول، وذلك كابتداء النكاح.

وثانيها: بمعنى الرد الحسي إلى الحالة الأولى التي كانت عليها أولاً كقوله (ﷺ) لأبي النعمان بن بشير لما أنحل ابنه غلاماً خصّه به دون ولده: (أرجعه) أي: رده، فهذا رد ما لم تصح فيه الهبة الجائزة.

والثالث: الرجعة التي تكون بعد الطلاق.

---

(١) نيل الأوطار (٦/ ٢٣٩)، وزاد المعاد (٤/ ٤٥، ٤٦).

(٢) نيل الأوطار (٦/ ٢٣٩).

(٣) فتح الباري (٩/ ٣٤٥)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٣٩).

(٤) نيل الأوطار (٦/ ٢٣٩)، والمحلى (٩/ ٣٧٥)، وفتح الباري (٩/ ٣٥٩).

(٥) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٠)، والتمهيد (١٥/ ٦٦).

(٦) المغني (٧/ ٢٩٩).

ثم قال: ولا يخفى أن الاحتمال يوجب سقوط الاستدلال[1].

وأجيب عنه: بأن المراد هنا الرجعة التي تكون بعد الطلاق، لا بالمعنى اللغوي، ويؤيد ذلك ما أخرجه الدارقطني عن ابن عمر (أن رجلاً قال: إني طلقت امرأتي البتة وهي حائض، فقال: عصيت ربك، وفارقت امرأتك، قال: فإن رسول الله (ﷺ) أمر ابن عمر أن يراجع امرأته، قال: إنه أمر ابن عمر أن يراجع امرأته بطلاق بقي له، وأنت لم تبق ما ترتجع به امرأتك)[2] [3].

قال الشوكاني: ولا يخفى أن هذا أي: ما أخرجه الدارقطني من حديث ابن عمر على فرض دلالته على ذلك لا يصلح للاحتجاج به، لأنه مجرد فهم ابن عمر لا يكون حجة، وقد تقرر أن معنى الرجعة لغة أعم من المعنى الاصطلاحي، ولم يثبت أنه ثبت فيها -أي: الرجعة- حقيقة شرعية يتعين المصير إليها[4].

وأجاب ابن حزم عما استدلوا به من رواية ابن عمر بأنها حسبت عليه طلقة، بأن الرواية ليس فيها بيان لمن حسب الطلقة على ابن عمر، ولا حجة في قول أحد دون رسول الله (ﷺ).

وأجيب عنه: بأنه مثل قول الصحابة أمرنا في عهد النبي (ﷺ) بكذا، فإنه في حكم المرفوع إلى النبي (ﷺ).

قال الحافظ: وعندي أنه لا ينبغي أن يجيء فيه الخلاف الذي في قول الصحابي أمرنا بكذا، فإن ذلك محله يكون اطلاع النبي (ﷺ) على ذلك ليس صريحاً، وليس كذلك في قصة ابن عمر، فإن النبي (ﷺ) هو الآمر بالمراجعة.

وأما ما استدل به الجمهور من رواية ابن أبي ذؤيب لحديث ابن عمر وفيه التصريح بأنها واحدة فقد أجاب عنه ابن القيم بقوله لا أدري أهي قول ابن أبي ذؤيب أم نافع؟ فلا يجوز أن يضاف إلى النبي (ﷺ) ما لا يُتَيَقَّنُ أنه من كلامه.

وقد أورد الشوكاني اعتراضاً على جواب ابن القيم حيث قال: ولا يخف أن هذا التجويز لا يدفع الظاهر المتبادل من الرفع، ولو فتحنا باب رفع الأدلة بمثل هذا ما سلم لنا حديث[5].

وأما ما استدلوا به من فتيا ابن عمر لا يستقيم حجة، لأنه رأي لابن عمر ولا يقوى على معارضة بعض الروايات الصحيحة التي أشرنا إليها من أن الرسول (ﷺ) لم يرها شيئاً.

وبمثل هذا يجاب عن الفتيا الواردة عن ابن عباس وبعض الصحابة[6].

---

(١) نيل الأوطار (٦/٢٣٨)، وزاد المعاد (٤/٤٦-٤٧).

(٢) أخرجه الدراقطني في سننه (٤/٨).

(٣) نيل الأوطار (٦/٢٣٨).

(٤) نيل الأوطار (٦/٢٣٨).

(٥) المرجع السابق.

(٦) نيل الأوطار (٢٣٩٦).

مناقشة أدلة القائلين بعدم وقوع الطلاق البدعي:

أولاً: نوقش استدلالهم برواية أبي الزبير لحديث ابن عمر بأن هذا الحديث فيه علة، لمخالفة أبي الزبير سائر الحفاظ.

قال أبو داود: روى هذا الحديث عن ابن عمر جماعة وأحاديثهم على خلاف ما قال أبو الزبير[1].

وقال ابن عبد البر: قوله ولم يرها شيئاً مذكر لم يقله غير أبي الزبير، وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه؟ ولو صح فمعناه عندي والله أعلم ولم يرها شيئاً مستقيماً، لكونها لم تكن على السنة.

وقال الخطابي: قال أهل الحديث: لم يرو أبو الزبير حديثاً أنكر من هذا، ويحتمل أن يكون معناه: ولم يرها شيئاً تحرم معه المراجعة، أو لم يرها شيئا جائزاً في السنة ماضياً في الاختيار[2].

وأجيب عن ذلك: بأن أبا الزبير غير مرفوع في الحفظ والعدالة، وإنما يخشى من تدليسه، فإذا قال: سمعت أو حدثني زال ذلك، وقد صرح هنا بالسماع، وليس في الأحاديث الصحيحة ما يخالف حديث أبي الزبير حتى يصار إلى الترجيح.

فإن قيل: لقد خالفه الأكثر الذين رووا حديث ابن عمر.

أجيب عنه: بأن غاية ما في الروايات الأخرى الأمر بالمراجعة وليس صريحاً في الدلالة على أن المراد رجعة الطلاق كما تقدم. كما أن الروايات الأخرى التي ذكرناها تقوي رواية أبي الزبير ويعضدها أنها توافق ظاهر القرآن وأصول الشريعة[3].

الترجيح:

مما سبق يتبين لنا أن روايات حديث ابن عمر متعارضة، وكلها قوية. فرواية أبي الزبير أيدتها روايات أخرى كما سبق، والروايات التي استدل بها الجمهور على وقوع الطلاق صحيحة أيضاً، واذا تعارضت الروايات الصحيحة صرنا إلى الترجيح. ولا شك بأن حل الزوجة ثابت بيقين، واليقين لا يرتفع إلا بيقين، لقوة الأدلة المعارضة التي تدل على أن الطلقة البدعية لا تحسب شيئاً، وقد نهى رسول الله (ﷺ) عنه، والنهي يقتضي الفساد، والفاسد لا يثبت حكمه، ولأن القول بعدم وقوع الطلاق البدعي هو الموافق لظاهر القرآن وللقواعد الكلية المستنبطة من أحكام الشريعة واتفاقها مع الحكمة في حرمة إيقاع الطلاق البدعي[4].

---

(١) سنن أبي داود (كتاب طلاق السنة/ حديث رقم ٢١٨٥).
(٢) نيل الأوطار (٦/ ٢٣٩)، وفتح الباري (٩/ ٣٥٤).
(٣) نيل الأوطار (٦/ ٢٣٩).
(٤) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٠)، وفرق الزواج (ص٢٨، ٣٢).

وقد رجح كل من الشيخ علي الخفيف[1] والشيخ محمد زكريا[2] والدكتور أحمد الغندور[3]، عدم وقوع الطلاق وأورد الشيخ محمد أبو زهرة آراء الفريقين ثم ذكر رأي ابن القيم في ترجيح عدم وقوع الطلاق البدعي دون أن يذكر ما يعضد أدلة الجمهور أو ترجيح قولهم[4].

ثانياً: الطلاق بلفظ ثلاث:

الطلاق بلفظ الثلاث سواء كان بكلمة واحدة أو بكلمات في مجلس واحد، بدعي عند جمهور الفقهاء وخالفهم في ذلك الشافعي وأحمد في رواية عنه وأبو ثور وداود الظاهري وعبد الرحمٰن بن عوف رضي الله عنه من الصحابة، والشعبي من التابعين. وقد اختلف العلماء في وقوع الطلاق به:

فذهب الشيعة الإمامية وبعض الخوارج وبعض المعتزلة والباقر والناصر والصادق من الزيدية إلى القول بعدم وقوعه إذا كان بلفظ واحد مقترن بما يدل على زيادته على الواحد لفظاً أو إشارة، لأنه طلاق بدعي، والبدعي لا يقع عندهم، أما إذا كان بألفاظ متفرقات في مجلس واحد أو في أكثر من مجلس في علة واحدة دون أن يفصل بين كل تطليق وآخر مراجعة، فإن اللفظ الأول يقع إذا كان مشروعاً[5].

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أنه لا يقع به إلا طلقة رجعية سواء أكان ذلك بلفظ واحد أم بألفاظ متفرقات في مجلس واحد إذا كان في الطهر الذي يمسها فيه، وروي هذا عن الإمام علي وابن عباس، وبه قال ابن اسحاق وطاووس وعكرمة وجابر بن زيد والهادي والقاسم والباقر والناصر وأحمد بن عيسى وعبد الله بن موسى ورواية عن زيد بن علي، وبه قال مشايخ قرطبة وغيرهم من العلماء والمحققين[6].

وذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والناصر والإمام يحيى إلى أنه يقع به ثلاثاً لا فرق بين قبل الدخول وبعده، وهو قول جمهور الصحابة، منهم علي وابن عباس وأبو هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود وأنس، وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين[7].

وقال عطاء وطاووس وسعيد بن جبير وأبو الشعثاء وعمرو بن دينار: إذا طلقت المدخول إليها بها

---

(١) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٠)، وفرق الزواج (ص٢٨، ٣٢).
(٢) الأحوال الشخصية لمحمد زكريا (ص٢٤٠).
(٣) الطلاق في الشريعة الإسلامية للغندو (ص٥٢).
(٤) الأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص٣٣٧).
(٥) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٩)، والمغني (٧/ ٣٠٣)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٤٥)، وفرق الزواج (ص٣٤)، الأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص٣٥٨)، الطلاق في الشريعة الإسلامية للغندور (ص٢٤١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٣٠)، والمحلى (٩/ ٣٦٤).
(٦) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٩)، والمغني (٧/ ٣١٣)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٤٥)، والأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص٣٥٦)، والطلاق في الشريعة الإسلامية للغندور (ص٢٤٢)، ومجمع الأنهر (١/ ٣٨٢)، والبحر الرائق (٣/ ٢٦١).
(٧) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٩)، والمغني (٧/ ٣٠٣)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٤٥)، وفرق الزواج (ص٣٤)، والأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص٣٥٦)، والطلاق في الشريعة الإسلامية (ص٢٤١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٣٠).

ثلاثاً بلفظ واحد وقع ثلاثاً، وإذا طلقت البكر ثلاثاً بلفظ واحد فهي واحدة[1].

أدلة القائلين بعدم وقوعه مطلقاً:

استدلوا إضافةً إلى ما تقدم من أدلة على عدم وقوع الطلاق البدعي زمن الحيض، والطهر الذي مسها فيه بقوله (ﷺ): «مَنْ عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رَدّ»[2].

والطلاق الثلاث مخالف لما أمر به الشارع[3] قال سبحانه: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. والمرتان في لغة العرب وعرفهم إنما تكون للحادث يحدث مرة بعد أخرى، من ذلك قوله تعالى: ﴿سَنُعَذِّبُهُم مَّرَّتَيۡنِ﴾ [التوبة: ١٠١]. وقوله سبحانه: ﴿أَوَلَا يَرَوۡنَ أَنَّهُمۡ يُفۡتَنُونَ فِي كُلِّ عَامٖ مَّرَّةً أَوۡ مَرَّتَيۡنِ﴾ [التوبة: ١٢٦]. وعلى ذلك يكون المراد أن يحدث الزوج طلاقاً يتكرر مرتين ولا يكون كذلك إلا إذا حصل بين التطليقتين رجعة.

فيكون معنى الآية -والله أعلم-: الطلاق مرتان يخير الزوج بعد كل واحدة منهما أن يمسك بمعروف أو أن يسرح بإحسان، فإن طلقها: أي المرة الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره. فهذا هو الطلاق الذي شرعه الله لعباده، وما سواه محرم فلا يقع به الطلاق[4].

أدلـة القائـلين بوقوعه ثلاثاً:

١- استدلوا بظاهر الآيات القرآنية الكريمة التي ذكر فيها الطلاق حيث لم تفرق هذه الآيات بين إيقاع الواحدة والاثنتين والثلاث نحو قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

٢- بما جاء في رواية البيهقي لحديث ابن عمر قال: (قلت يا رسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثاً أكان لي أن أراجعها ؟ قال: لا، كانت تبين منك وتكون معصية)[5] [6]

٣- وبما أخرجه الدارقطني بإسناده عن عبادة بن الصامت قال: طلق بعض آبائي امرأته ألفاً فانطلق بنوه إلى رسول الله (ﷺ) فقالوا: يا رسول الله إن أبانا طلق أمّنا ألفاً، فهل له من مخرج ؟ قال: «إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجاً بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون إثم في عنقه»[7] [8].

---

(١) فتح القدير (٣/ ٣٢٩)، والمغني (٧/ ٣٠٣)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٤٥).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٨)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٢٩).

(٤) فرق الزواج (ص٣٤)، وزاد المعاد (٤/ ٥٢).

(٥) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٦).

(٦) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٣٤).

(٧) المغني (٧/ ٣٠٣)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٤٢)، وفتح القدير (٣/ ٣٣٠).

(٨) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤/ ٣٠)، وقال: رواته مجهولون ضعفاء.

٤- وبما أخرجه النسائي عن محمود بن لبيد أخبر رسول الله (ﷺ) عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً فقام غضبان ثم قال: «أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟» حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله[1]؟ .[2] قال ابن كثير: إسناده جيد[3].

٥- وبما روى سهل بن سعد قال: (لما لاعن أخو بني عجلان امرأته قال: يا رسول الله ظلمتها إن أمسكتها هي الطلاق وهي الطلاق وهي الطلاق).

وفي رواية: فلما فرغ من اللعان عويمر: قال كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمر رسول الله، فكانت سنة المتلاعنين[4] [5].

٦- وبما روي عن ركانة بن عبد الله أنه طلق امرأته سهيمة البتة، فأخبر النبي (ﷺ) بذلك فقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله (ﷺ) (والله ما أردت إلا واحدة؟) قال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله (ﷺ)، وطلقها الثانية في زمان عمر بن الخطاب، والثالثة في زمن عثمان[6] رواه الدارقطني وأبو داود[7].

ووجه الدلالة: أن النبي استحلفه بأنه لم يُرِدْ إلا واحدة وهذا يدل على أنه لو أراد الثلاث لوقعت.

٧- وبما روى مجاهد قال: كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً قال: فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس! يا ابن عباس!، وأن الله تعالى قال: ﴿وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجْعَل لَّهُۥ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق: ٢]، وإنك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك، وأن ا تعالى يقول: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] رواه أبو داود[8] [9].

٨- وبما روى سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه سئل عن رجل طلق امرأته عدد النجوم فقال: أخطأ السنة وحرمت عليه امرأته. رواه الدارقطني[10].

---

(١) المغني (٧/ ٣٠٤).
(٢) أخرجه النسائي في «سننه» (٦/ ١٤٢-١٤٣).
(٣) نيل الأوطار (٦/ ٢٤١).
(٤) أخرجه أبو داود في «سننه» (حديث رقم ٢٢٤٥، كتاب الطلاق باب اللعان).
(٥) نيل الأوطار (٦/ ٢٤١).
(٦) أخرجه أبو داود في «سننه» (حديث رقم ٢٢٠٦)، والدارقطني في «سننه» (٤/ ٣٣)، نقل في التعليق المغني على الدراقطني (٤/ ٣٣)، إعلال البخاري له بالاضطراب وتضعيف ابن عبد البر له.
(٧) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٠).
(٨) أخرجه أبو داود في «سننه» (حديث رقم ٢١٩٧).
(٩) فتح القدير (٣/ ٣٣٠).
(١٠) أخرجه الدراقطني في «سننه» (٤/ ٢١) وقال في التعليق المغني (٤/ ٢١): الحديث في إسناده مسلم بن كيسان أبو عبد الله الكوفي، قال عمرو بن علي: منكر الحديث وضعفه البخاري وأبو داود والنسائي وابن معين وأبو حاتم.

٩- ويما ورد في الصحيحين من حديث أبي سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أن زوجها حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثاً ثم انطلق إلى اليمن، فانطلق خالد بن الوليد في نفر إلى النبي (ﷺ) في بيت ميمونة أم المؤمنين فقالوا: إن أبا حفص طلق امرأته ثلاثاً فهل لها نفقة ؟ فقال النبي (ﷺ): «ليس لها نفقة وعليها العدة»(١).

١٠- ويما رواه الدارقطني من طريق عبد العزيز بن صهيب عن أنس قال: سمعت أنس بن مالك يقول سمعت معاذ بن جبل يقول سمعت رسول الله يقول: «يا معاذ من طلق للبدعة واحدة أو اثنتين أو ثلاثة ألزمناه بدعته»(٢).

أدلة القائلين بوقوعه طلقة واحدة:

١- استدلوا: بقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فقد أمر سبحانه أن يكون التطليق الذي يخير فيه الزوج بين الإمساك بمعروف وبين التسريح بإحسان مرتان، ومن طلق ثلاثاً أو اثنتين بلفظ واحد لم يطلق إلا مرة واحدة. فمن قال في اللعان أشهد بالله أربع شهادات لم يعد ذلك إلا مرة واحدة باتفاق، وعليه أن يتم الشهادات الخمسة، وكذلك هنا(٣).

٢- ويما أخرجه مسلم عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: كان الطلاق على عهد رسول الله (ﷺ) وأبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر: إن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم(٤) (٥). رواه مسلم.

٣- وبأن النبي قد توفي عن مئة ألف عين رأته، فهل صح لكم عنه أو عن عشرهم القول بوقوع الثلاث ؟(٦)

٤- ويما روي عن ابن عباس قال: طلق أبو ركانة أم ركانة، فقال له الرسول (ﷺ): «راجع امرأتك» فقال: إني طلقتها ثلاثاً، قال: «قد علمت، راجعها». ثم تلا قوله تعالى: ﴿ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١]. أخرجه أبو داود، ورواه أحمد والحاكم(٧) (٨).

---

(١) أخرجه مسلم من «صحيحه» (١٠/ ٩٩-١٠٠، من كتاب الطلاق باب المطلقة البائن لا نفقة لها).

(٢) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤/ ٢٠)، وضعفه لأن في إسناده إسماعيل بن أبي أمية وهو ضعيف متروك الحديث.

(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٩)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٢٩)، وانظر: الإشفاق على أحكام الطلاق للكوثري (ص٤٩).

(٤) أخرجه مسلم من «صحيحه» (١٠/ ٦٩-٧٠ من كتاب باب الطلاق الثلاث)، وأبو داود في السنن، (حديث رقم ٢٣٠٠).

(٥) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٩)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٩)، وانظر: الإشفاق على أحكام الطلاق (ص٤٩).

(٦) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٩).

(٧) سنن أبي داود (حديث رقم ١٢٩٦)، وهو حديث حسن.

(٨) نيل الأوطار (٦/ ٢٤١).

وفي رواية من حديث ابن عباس عن ركانة أنه طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً، فقال رسول الله (ﷺ): «وكيف طلقتها؟» قال: ثلاثاً في مجلس واحد. فقال له رسول الله (ﷺ): «إنما هي طلقة واحدة فارتجعه». أخرجه أحمد وأبو يعلى وصححه[1].

أدلة القائلين بالتفريق بين المدخول بها وغير المدخول بها:

استدلوا:

بما أخرجه أبو داود أن أبا الصهباء كان كثير السؤال لابن عباس قال: أما علمت أن الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة.

مناقشة أدلة القائلين بوقوعه طلقة واحدة:

١- إن رواية طاووس عن ابن عباس معارضة برواية سعيد بن جبير وعمرو بن دينار ومجاهد ومالك بن الحارث عن ابن عباس من أن الطلاق الثلاث يقع ثلاثاً كما أنها مخالفة لما أفتى به ابن عباس من وقوع الطلاق الثلاث ثلاثاً[2].

٢- إن ما استدلوا به من حديث ابن عباس يمكن الجمع بينه وبين الأدلة الدالة على وقوع واحدة وذلك بأن ما أمضاه عمر من الثلاث عليهم مع عدم مخالفة الصحابة له وعلمه أنها كانت واحدة لا يمكن إلا أن يكون لاطلاعهم في الزمن المتأخر على وجود ناسخ أو لعلمهم بأن الحكم منوط بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر على وجود ناسخ ولا سيما أن الصحابة تتابعوا على الإفتاء بوقوعه ثلاثاً فقد أفتى بذلك عمر وابن مسعود وابن عباس وأبو هريرة وعلي وعبد الله بن عمرو بن العاص[3].

٣- ويمكن الجمع بين رواية ابن عباس وبين الروايات الأخرى بأن يحمل معنى حديث ابن عباس على أن الناس كانوا يطلقون واحدة واحدة على عهد رسول الله (ﷺ) وأبي بكر وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله (ﷺ) وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس أن يروى هذا عن رسول الله (ﷺ) ويفتي بخلافه[4].

وأجاب بعضهم عن حديث ابن عباس بأنه في حق من لم يدخل بها، وقال بعضهم: هو على صورة تكرير لفظ الطلاق بأن يقول أنت طالق أنت طالق أنت طالق فإنه يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد وثلاثاً إذا قصد تكرير الإيقاع وكانوا زمن النبي (ﷺ) والصاحبين يقصدون التأكيد لصدق نواياهم.

---

(١) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٦).

(٢) المغني (٧/ ٣٠٣).

(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٩)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٣٠).

(٤) المغني (٧/ ٣٠٤).

٤- وما احتجوا به من أن الذين نقلوا عن النبي (ﷺ) وقوع الطلاق بلفظ الثلاث عدد قليل، أجيب عنه: بأن عمر قد قضى بذلك ولم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر حين أمضى الثلاث، ولا يلزم في نقل الحكم تسمية عدد كبير من الصحابة الذين نقلوه، ثم إن العبرة في النقل عن الأئمة المجتهدين من الصحابة وعدد المجتهدين من الصحابة قليل لا يزيد على العشرين، والباقون يرجعون إليهم ويستفتونهم، وقد ثبت النقل عن أكثرهم كما تقدم[١].

وأما قولهم أن النبي (ﷺ) توفي عن مائة ألف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء أو عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلاث ؟ فقد أجيب عنه: بأن الإجماع انعقد حيث لم ينقل عن أحد منهم أنه خالف عمر رضي الله عنه حيث أمضى الثلاث ولا يلزم في نقل الحكم الإجماعي عن مائة ألف أن يسمى كل منهم مع أن الإجماع على الذي نقول بانعقاده هو السكوتي[٢].

ثم إن العبرة في نقل الأئمة المجتهدين منهم لا العوام، والمائة ألف الذين توفي عنهم رسول الله (ﷺ) لا تبلغ عدة المجتهدين منهم أكثر من عشرين، كالخلفاء الأربعة والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأنس وأبو هريرة والباقون يرجعون إليهم ويستفتون منهم[٣].

وأجيب عن حديث أبي ركانة بأن في سنده محمد بن اسحاق وهو معلول، وبأن حديث أبي ركانة المروي عن ابن عباس معارض لفتوى ابن عباس، ثم إن النووي في شرحه على مسلم ذكر أن رواية طلقها ثلاثاً ضعيفة لأنها من قوم مجهولين وإنما الصحيح أنه طلقها البتة وهو محتمل للواحدة والثلاث فلا يستدل به على أن الثلاث واحدة[٤] ورد بأنهم قد احتجوا في غير واحد من الأحكام بمثل هذا الإسناد، وبأنه إذا تعارضت فتوى الصحابي مع ما روي عنه فالعبرة بما روي عنه لا برأيه كما أن أبا داود رجح في سننه أن ركانة طلق البتة لا ثلاثاً وقال: يمكن أن يكون من روى أنه طلق ثلاثاً حمل البتة على معنى الثلاث[٥] وجملة القول أنه ليس في حديث ركانة دلالة لهم على أن الثلاث تقع واحدة.

مناقشة أدلة القائلين بالتفريق بين المدخول بها وغير المدخول بها:

ما استدلوا به معارض بما روى عن ابن عباس رضي الله عنه فقد روى أبو داود في سننه ومالك في الموطأ عن محمد بن إياس بن البكير قال: طلق رجل امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي فذهبت معه فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقال: لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجاً غيرك قال: فإنما كان طلاقي إياها واحدة، فقال ابن عباس: إنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل[٦].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤١٩).
(٢) شرح فتح القدير (٣/ ٣٣٠).
(٣) شرح فتح القدير (٣/ ٣٣٠).
(٤) شرح فتح القدير (٣/ ٣٣١)، وشرح صحيح مسلم (١٠/ ٧١).
(٥) نيل الأوطار (٦/ ٢٤١، ٦/ ٢٤٦)، وفرق الزواج (ص٤٦).
(٦) شرح فتح القدير (٣/ ٣٣٠).

مناقشة أدلة القائلين بعدم وقوعه مطلقاً:

نوقش استدلالهم بعموم حديث «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»، بأن هذا العموم قد خصص بما تقدم من الأدلة[1].

مناقشة أدلة القائلين بوقوعه ثلاثاً:

نوقش استدلالهم بظواهر الآيات القرآنية بأن هذه عمومات مخصصة وإطلاقات مقيدة بما ثبت من الأدلة الدالة على المنع من وقوع فوق الواحدة[2].

وما احتجوا به من رواية حديث ابن عمر التي أخرجها الدارقطني فهي مما تفرد به عطاء الخراساني وخالف فيه بقية الحفاظ فإنهم شاركوه في أصل حديث ابن عمر ولم يذكروا الزيادة، ثم أن في إسنادها شعيب بن زريق الشامي وهو ضعيف[3].

أما حديث أخو بني عجلان فلا حجة فيه لأن النبي (ﷺ) إنما سكت عن ذلك ولم ينكر عليه لأن الملاعنة تبين باللعان نفسه، فالطلاق الواقع من الزوج بعد ذلك لا محل له فكأنه طلق أجنبية فلا يكون السكوت عنه تقريرا[4].

وأما حديث عبادة بن الصامت فأجيب عنه بأن في سنده يحيى بن العلاء وهو ضعيف وفيه عبيد الله بن الوليد وهو هالك وفيه ابراهيم بن عبيد الله وهو مجهول، فأي حجة في رواية ضعيف عن هالك عن مجهول، ثم إن والد عبادة بن الصامت لم يدرك الإسلام فكيف بجله[5].

وأما استدلالهم بحديث ركانة فلا يستقيم حجة لأن فيه اضطراباً كما قال البخاري فتارة يقال فيه طلقها ثلاثاً وتارة واحدة وأخرى البتة، كما أن في إسناده الزبير بن سعيد الهاشمي وقد ضعفه غير واحد وقيل إنه متروك، ثم هو معارض بحديث ابن عباس الذي ذكر فيه أن الطلاق الثلاث كان يحسب واحدة وهو أصح إسناداً وأوضح متناً[6].

وأما ما روي من فتوى ابن عباس بوقوع الثلاث وذلك ليس محلاً للإجتهاد فيكون إفتاؤه في حكم الحديث المرفوع إلى النبي (ﷺ) فهو معارض بما روى عكرمة عن ابن عباس: إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق ثلاثاً بفم واحدة فهي واحدة بإسناد هذه الرواية على شرط البخاري، ومعارض كذلك بما رواه طاووس عن ابن عباس حيث قال: والله ما كان ابن عباس يجعلها إلا واحدة. قال ابن القيم: والروايتان ثابتتان عن ابن عباس والذي يظهر لي أن الرأي القاضي بوقوع الثلاث كان بعد إمضاء عمر

---

(١) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٨).
(٢) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٦).
(٣) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٢).
(٤) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٢).
(٥) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٦).
(٦) المرجع السابق: (٦/ ٢٤١).

بدليل أن ابن عباس لم يعارض في ذلك إذ لم ينقل عنه أنه عارضه ولو عارضه لنقل[١].

وأما حديث فاطمة بنت قيس فلا دلالة فيه أيضاً لأن طلاق فاطمة لم يكن بلفظ واحد هل كان مفرقاً على الوضع المشروع وسئل النبي (ﷺ) بعد حصول الطلقة الثالثة، يدل لذلك ما روى مسلم في صحيحه عن عبيد الله بن عتبه أن أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي إلى اليمن فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها[٢].

وأما حديث أنس عن معاذ الذي يدل على وقوع طلاق البدعة ففي سنده إسماعيل بن أمية وقد ضعفه الذهبي وفيه عبد الحق وهو متروك الحديث، ثم قال ابن القيم: وهت مسألة يحتج فيها بمثل هذا الحديث الباطل، والدارقطني إنما رواه للمعرفة فقط[٣].

الترجيح:

لقد سبق أن رجحنا عدم وقوع الطلاق البدعي، والطلاق الذي يدل على أكثر من طلقة واحدة لفظاً أو إشارة جمعاً أو متفرقات في مجلس واحد طلاق بدعي كذلك، وبدعيته ترجع إلى الزيادة في عدد الطلقات إذ المشروع أن يطلق طلقة واحدة في الطهر الذي لم يمسها فيه فإذا طلق أكثر من المشروع أو على غير الصفة المشروعة كان الزائد أو المخالف للوصف المشروع لغواً. وعلى ذلك فإنني أرى ترجيح الرأي القائل بوقوع الطلاق الثلاث طلقة واحدة لقوة أدلته إذ هو فعل النبي (ﷺ) ومضى عليه خليفته أبو بكر ومضى به عمر في أول خلافته ثم رجع إليه في آخر عهده فقد ذكر الحافظ الإسماعيلي في مسند عمر قال: أخبرنا أبو يعلى حدثنا صالح بن مالك حدثنا خالد بن يزيد بن أبي مالك عن أبيه قال: قال عمر بن الخطاب ما ندمت على شيء ندامتي على ثلاث: ألا أكون حرمت الطلاق وألا أكون أنكحت الموالي، وألا أكون قتلت النوائح، ومن المعلوم أنه لم يكن يريد تحريم الطلاق الرجعي ولا الطلاق الذي أجمع المسلمون على تحريمه كالطلاق في الحيض فيتعين أن يكون مراده تحريم إيقاع الثلاث، ويبدو أن عمر رضي الله عنه لما رأى الناس قد أكثروا من الطلاق الثلاث ورأى أنهم لا ينتهون عنه إلا بعقوبة ألزمهم عقوبة لهم ليكفوا عنه من قبيل العقوبة التعزيرية[٤]. فقد جاء في بدر التقى شرح الملتقى[٥]: (واعلم أنه كان في الصدر الأول إذا أرسل الثلاث جملة لم يحكم إلا بوقوع واحدة إلى زمن عمر رضي الله عنه ثم حكم بوقوع الثلاث سياسة لكثرته من الناس كما في القهستاني عن التمرتاشي). وإذا كان الحكم به ثلاثاً من قبيل السياسة الشرعية فإن للحاكم إذا رأى أن في إيقاعه ثلاثاً حرج كان له أن يحكم بوقوعه واحدة كما كان على عهد رسول الله (ﷺ). وفي هذا يقول الأستاذ

---

(١) إغاثة اللهفان (١/ ٣١٧)، انظر: فرق الزواج (ص٤٢).

(٢) إغاثة اللهفان (١/ ٣١٧)، وفرق الزواج (ص٤٢).

(٣) فرق الزواج (ص٤٣)، وإغاثة اللهفان (١/ ٣١٧).

(٤) إغاثة اللهفان (١/ ٣١٧)، وفرق الزواج (ص٤٤).

(٥) بدر التقى شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر (١/ ٣٨٢).

أبو زهرة: (وقد كان المعمول به هو مذهب أبي حنيفة الذي هو مذهب الأئمة الأربعة وهو أن يكون الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث يقع ثلاثاً والاثنتين تقع اثنتين بلفظ واحد، فكان هذا يدفع إلى الحرج الديني إذ يندفع الزوج في نوبة غضب جامحة فيطلق ثلاثاً، ولا يجعل لنفسه من أمره يسراً، فإذا ثاب إليه رشده كان إما أن يعيش مع امرأته عيشة يعتقد أنها حرام وأنهما زانيان، وفي ذلك موت الضمير الديني، وإما أن يتحايلا بطرق لم يحلها الشرع لإعادة الحل والعقد عليها من جديد، وفي ذلك ما فيه من المفاسد وقد أشرنا إلى ذلك من قبل فكان من المستحسن علاج هذه الحال)[1].

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بوقوع الطلاق بلفظ الثلاث أو المكرر في المجلس الواحد طلقة واحدة حيث نصت المادة [٩٠] على أن: (الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة والطلاق المكرر في مجلس واحد لا يقع بهما إلا طلقة واحدة).

(١) الأحوال الشخصية لأبي زهرة (ص ٣٥٨).

المبحث الثالث

في شروط المطلق والمطلقة

تمهيد:

تدل ظواهر الآيات القرآنية الكريمة على أن الطلاق بيد الرجال حيث أسند إليهم لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١].

وقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ ﴾ [الاحزاب: ٤٩].

وقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. إلى قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وقد أكدت السنة النبوية أن الطلاق حق الرجل فقد أخرج ابن ماجه في سننه والدارقطني عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً جاء الى النبي (ﷺ) فقال يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد رسول الله (ﷺ) المنبر فقال: «ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما، إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»[1].

والحكمة في جعل الطلاق بيد الرجل دون المرأة أن الطلاق تترتب عليه حقوق مالية يلزم بها الرجل حيث يجب عليه دفع المهر المؤجل ونفقة الزوجة زمن العدة، ويضاف إلى هذا ما خسره الزوج من مهر معجل وسائر تكاليف الزواج، وما سيدفعه من مهر جديد ونفقات لزواج جديد، كل هذه التبعات المالية تجعل الزوج أكثر تروياً فلا يوقع الطلاق إلا إذا رأى تعذر استمرار الحياة الزوجية، أما الزوجة فلا تلحقها أية تبعة مالية، ولو جعل الطلاق بيدها لسهل عليها الأقدام عليه لأتفه الأسباب، وقد تقدم عليه بعض النساء للحصول على مكاسب مادية وهي المهر المعجل والمؤجل والنفقة وهذا يزعزع الأسرة ويجعل الأمور المادية هي الحكم في بقائها واستمرارها، وتتضح الخطورة من جعل الطلاق بيد المرأة إذا عرفنا طبيعة المرأة النفسية فالنساء في الغالب أسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجال فهي تثور لأتفه الأسباب وتنفعل لأوهى الأمور فلو جعل الطلاق بيدها لأقدمت عليه لأقل المنازعات والحياة الزوجية لا تخلو منها. وفي هذا هدم الأسر وتشريد الأبناء، ويشجعها على ذلك أن حضانة الأولاد حق لها مع

---

(١) حديث ضعيف فيه ابن لهيعة وفية مقال طويل،وقد روى عن نافع أن ابن عمر كان يقول: (من أذن لعبد أن ينكح فالطلاق بيد العبد ليس بيد غيره من طلاقه شيء) واسناده صحيح. انظر شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ١٩٨- حديث رقم ١٢٥٠)، وانظر جامع الأصول (٧/ ٦١٤).

بقاء حقهم في النفقة على الأب.

وما قدمنا إنما هو الأعم والأغلب في طبائع النساء فقد يوجد من النساء من هن أكيس من الرجال وأكثر أناة وأقدر على ضبط النفس والنظر في عواقب الأمور، ولكن الأحكام إنما تبنى على الأعم والأغلب لا على الحالات الفردية، ولذا نجد أن الشريعة الإسلامية لاحظت هذا الأمر وأعطت الحق في أن تشترط في عقد الزواج أن تكون العصمة بيدها وعندئذ يكون لكل واحد من الزوجين الحق في الطلاق فلها الحق أن تطلق نفسها من زوجها كما سيأتي بيانه في مبحث التفويض والتوكيل بالطلاق.

وقد أعطت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في طلب الطلاق من القاضي إذا استحكم الخلاف بين الزوجين وتعذر الإصلاح أو إذا وقع عليها ضرر وتعين الطلاق سبيلاً لرفع الضرر وقد سبق أن بينا أن الأصل في الطلاق الحظر وأنه لا يجوز للرجل أن يطلق إلا عند تعذر استمرار الحياة الزوجية أو تعين الطلاق سبيلاً لرفع الظلم عنها، وفي غير هذه الحالات تكون الزوجة متعسفة آثمة عملاً بما تقرر من أن أصل في الطلاق الحظر وبما ورد عن رسول الله، فقد أخرج البخاري ومسلم عن ثوبان قال رسول الله «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»[1].

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها في المطلق

يشترط لوقوع الطلاق أن يكون المطلق بالغاً عاقلاً واعياً لما يصدر عنه من تصرفات قاصداً له مختاراً.

أولاً: البلوغ: لا خلاف بين العلماء في أن طلاق الصبي غير المميز لا يقع، أما الصبي المميز الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوعه منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في رواية والنخعي والزهري وحماد والثوري وأبو عبيد[2].

ودليلهم قوله (ﷺ): «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم»[3] وقوله (ﷺ) «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون»[4]. ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون، ولأن الطلاق من التصرفات الخطيرة التي تحتاج إلى الإدراك الكامل ومن هو دون البلوغ لا يتوافر له الإدراك الكامل غالباً.

وذهب أحمد في أكثر الروايات عنه إلى وقوع طلاقه وروي عن سعيد بن المسيب قوله: إذا أحصى

---

(١) أخرجه أبو داود في «سننه» (كتاب الطلاق، باب الخلع) وهو حديث صحيح.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٣٦٥)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٧٩)، والمغني (٧/ ٣٢٤)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٤٣)، وتبيين الحقائق (٢/ ١٩٤)، والفتاوي الهندية (١/ ٣٥٣).

(٣) صحيح البخاري (رقم ٣٥٧٢- ٩/ ٣٩٣فتح)، وأخرجه ابن ماجه في «سننه»رقم (٢٠٤١).

(٤) سبق تخريجه.

الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه، وقال الحسن البصري: إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان، وقال إسحاق: إذا جاوز اثنتي عشرة[١].

ودليلهم قوله (ﷺ): «الطلاق لمن أخذ بالساق»[٢] وقوله: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه[٣] المغلوب على عقله»[٤].

والراجح أن طلاق الصبي لا يقع مطلقاً وذلك لأن ما استدل به القائلون بالوقوع عام قد خصص بما سبق ذكره من الأدلة.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية على أن الذي يقع طلاقه هو المكلف كما جاء في المادة [٨٣]: (يكون الزوج أهلاً للطلاق إذا كان مكلفاً).

ثانياً- العقل: فلا يقع طلاق المجنون لقوله (ﷺ) «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل»[٥]. ولا يقع طلاق المعتوه[٦] لما روي عن أبي هريرة عن النبي (ﷺ) أنه قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله». ولا يقع طلاق المبرسم[٧] لأنه نوع من الجنون: قال ابن الهمام في الفتح[٨]: (معلوم من كليات الشريعة أن التصرفات لا تنفذ إلا ممن له أهلية التصرف وأدرناها بالعقل والبلوغ، خصوصاً ما هو دائر بين النفع والضرر).

ولا يقع طلاق المدهوش[٩] الذي غلب عليه الخلل في أقواله وأفعاله بسبب صدمة عصبية أصابته فذهب عقله، وقد جعله بعض الفقهاء نوعاً من الجنون أو العتة ولأنه لا يدرك ما صدر عنه إدراكاً صحيحاً[١٠].

ثالثاً: أن يعي ما يصدر عنه فلا يقع طلاق السكران والمدهوش والغضبان غضباً بحيث غلب على أفعاله وأقواله الخلل فخرجت عن عادته وإن كان يعلمها ويريدها، فلا يقع طلاق النائم لقوله (رفع القلم

---

(١) المغني (٧/ ٣١٥)، وشرح فتح القدير (٣: ٣٤٤).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) العته: اختلال في العقل بحيث يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير؛ انظر فتح القدير (٣/ ٣٤٣).

(٤) حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٤٦)، أخرجه الترمذي في سننه ٢/ ٢٣١، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٧/ ٣٥٩)، وإسناده صحيح.

(٥) سنن أبي داود: (كتاب الحدود رقم ٤٤٠٣).

(٦) المغني (٧/ ٣١٤)، ونيل الأوطار (٦/ ٢١٥)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٤٣).

(٧) البرسام: بكسر الباء لفظ معرب وهو ورم في الدماغ يتغير معه عقل الإنسان فيهذي ويقال لمن ابتلى مبرسم، انظر معجم لغة الفقهاء: رواس القلعجي (ص١٠٦).

(٨) شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٣).

(٩) المدهوش: هو الذي ذهب عقله من الذهل والوله أو الفزع ونحوه فيغلب عليه الخلل في أقواله وأفعاله ويختلط جده بهزله، حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٧).

(١٠) حاشية ابن عابدين ٢/ ٤٢٧.

عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ)، ولأنه لا يعي ما يصدر عنه، ومثله المغمى عليه[١] لا يقع طلاقه لأنه مغلوب على عقله وهو أشد من النوم[٢]، ولأن النائم والمغمى عليه والمدهوش ليس لهم قصد صحيح والطلاق من التصرفات الشرعية التي تعتمد القصد الصحيح.

وأما الغضبان: فقد فصل القول فيه ابن القيم فقسمه إلى ثلاثة أقسام[٣]:

الأول: ما يزيل العقل فلا يعلم ما يقول ولا يريده فهذا لا ريب في أنه لا ينفذ شيء من أقواله.

الثاني: ما يكون في مباديه بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده وهذا لا إشكال في أن طلاقه يقع.

الثالث: من توسط بين الرتبتين بحيث يستحكم به الغضب ويشتد ولا يزيل العقل بالكلية ولكنه يحول بين المرء ونيته بحيث يندم على ما فرط إذا زال غضبه فهذا محل نظر، ورجح ابن القيم وقوع طلاقه. قال ابن عابدين[٤]: (والذي يظهر لي أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به في السكران على ما مر. ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل فإن الجنون فنون، ولذا فسره في البحر[٥] باختلال العقل وأدخل فيه العتة والبرسام والإغماء والدهش، ويؤيد ما قلنا قول بعضهم: العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادراً والمجنون ضده، وأيضاً فإن بعض المجانين يعرف ما يقول ويريده، ويذكر ما يشهد الجاهل به بأنه عاقل ثم يظهر منه في مجلسه ما ينافيه، فإذا كان المجنون حقيقة قد يعرف ما يقول ويقصده فغيره أولى، فالذي ينبغي التعويل عليه في المدهوش ونحوه إناطة الحكم بغلبة الخلل في أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته. وكذا يقال فيمن اختل عقله لكبر أو مرض أو لمصيبة فاجأته فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح كما لا تعتبر من الصبي العاقل.) فمما سبق نرى أن ابن عابدين يرى أن الغضبان الذي يخرجه غضبه عن طبيعته وعادته بحيث يغلب الخلل على أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته فإن طلاقه لا يقع وإن كان يعلم ما يقول ويقصده لعدم حصوله عن إدراك صحيح وهذا هو الأرجح والله أعلم.

وأما السكران: السكر سرور يغلب على العقل فيهذي السكران في كلامه ويختلط جده بهزله فلا يستقر على شيء[٦] وقال بعضهم[٧]: السكر يزيل العقل فلا يعرف به السماء من الأرض ولا الرجل من

---

(١) الإغماء: آفة في القلب والدماغ تعطل القوى المدركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوباً عليه، حاشية ابن عابدين (٢/٢٤٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٦)، والمغني (٨/ ٢٥٧).

(٣) زاد المعاد (٤/ ٥١)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٧).

(٤) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٧)، والمغني (٨/ ٢٥٧).

(٥) البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٢٤٩).

(٦) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٣).

(٧) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٤).

المرأة. والأول هو المختار عند جمهور الفقهاء[1] لقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء: ٤٣].

فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءه في الأردية فإن قرأ أم القرآن أو عرف رداءه وإلا فأقم عليه الحد[2]، ولا يعتبر أنه لا يعرف السماء من الأرض ولا الذكر من الأنثى لأن ذلك لا يخفى عن المجنون فغيره أولى.

فإذا سكر بمباح كما إذا سكر من ورق الرمان أو شرب ما ظنه عصيراً مباحاً فبان خمراً فسكر منه أو تناوله للدواء إن قلنا بجواز التداوي بالخمر إن وصفها الطبيب المسلم العدل مع عدم وجود غيرها فسكر لذلك لم يقع طلاقه[3].

وإذا سكر بمحرم فهذي في كلامه على ما بينا فقد اختلف الفقهاء في وقوع طلاقه على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاقه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وميمون بن مهران والحكم وابن شبرمة والثوري والأوزاعي[4] ومالك[5] والشافعي في أحد قوليه[6] وأبو حنيفة وصاحبيه[7] وأحمد في رواية عنه[8].

واستدلوا:

١- بعموم قوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَـٰقُ مَرَّتَانِ ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾ من غير فصل بين السكران وغيره إلا من خص بدليل[9].

٢- وبقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ ﴾ [النساء: ٤٣].

وجه الدلالة: أن الآية دلت على تكليف من سكر لنهيهم في حال السكر أن يقربوا الصلاة ولا ينهى إلا المكلف[10] ويدل على تكليف السكران أن عمر رضي الله عنه شاور الصحابة في حد الخمر فقال: أرى الناس قد بالغوا في شربهم واستهانوا بحده فماذا ترون؟ فقال علي رضي الله عنه أنه إذا شرب سكر

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٤)، والشرح الكبير (٨/ ٣٢٩)، والمغني (٨/ ٣١٤).

(٢) مصنف عبد الرزاق (٧/ ٨٢)، والسنن الكبرى (٧/ ٣٥٩).

(٣) البحر الرائق (٣/ ٢٦٦)، وتبيين الحقائق (٢/ ٩٦)، والبدائع (١٤/ ١٧٩١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٤١)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٤).

(٤) المغني (٨/ ٣١٣) والشرح الكبير (٨/ ٢٣٨)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٤٥).

(٥) شرح الخرشي (٣/ ١٧١)، ومواهب الجليل (٤/ ٤٣)، والشرح الصغير (٣/ ٥٤٣)، وشرح منح الجليل (٢/ ٢٠٧).

(٦) الأم: (٥/ ٢٥٣) ومغني المحتاج (٣/ ٢٧٩)، وكفاية الأخيار (٢/ ٦٥)، وروضة الطالبين (٨/ ٦٣).

(٧) شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٥)، الهداية (٢/ ٢٣٠)، البدائع (٣/ ١٧٩٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٦)، حاشية بن عابدين (٢/ ٤٢٤)، والبحر الرائق (٣/ ٢٦٦).

(٨) المغني (٧/ ٣١٢)، وكشاف القناع (٥/ ٢٦٣)، والشرح الكبير (٨/ ٢٣٨).

(٩) البدائع (٤/ ١٧٩١).

(١٠) شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٥)، والبحر الرائق (٣/ ٢٦٦)، وتبيين الحقائق (٢/ ١٩٦).

وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فأرى أن يُحَدَّ حدّ المفترى بثمانين جلدة فحله عمر وعثمان وعلي بثمانين، ووجه دلالته على تكليفه مما سبق أن الزيادة على الأربعين لافترائه في سكره، ولو كان غير مكلف لما حد بما أتاه ولا كان مؤاخذاً به، وفي مؤخذاته دليل على تكليفه، فإذا ثبت أنه مكلف وجب أن يقع طلاقه كالصاحي[1].

٣- ويقوله (ﷺ) «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه»[2].

٤- ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي[3].

٥- ولأنه مؤاخذ بسكره فوجب أن يكون مؤاخذاً بما حدث عن سكره ألا ترى أن من جنى جناية فسرت لما كان مؤاخذاً بها كان مؤاخذاً بسرايتها[4].

المذهب الثاني: ذهب بعض الصحابة والتابعين وجماعة من الفقهاء إلى القول بعدم وقوع طلاق السكران منهم عثمان بن عفان وعمر بن عبد العزيز وطاووس وربيعة ويحيى الأنصاري والليث بن سعد والعنبري واسحاق بن راهويه وأبو ثور وداود بن علي، وهو رواية عن أحمد وقول للشافعي واختاره ابن سريج وأبو سهل الصعلوكي وابن سهل وأبو طاهر الزيادي من الشافعية والكرخي والطحاوي ومحمد بن مسلمة من الحنفية وهو رواية عن علي وابن عباس[5].

واستدلوا:

١- بقوله تعالى: ﴿ لَا تَقْرَبُوا ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣] ووجه الدلالة أن اللهسبحانه وتعالى جعل قول السكران غير معتبر لأنه لا يعلم ما يقول، وبأنه غير مكلف لانعقاد الإجماع على أن من شرط التكليف العقل ومن لا يعقل ما يقول فليس بمكلف[6].

٢- بأنه زائل العقل فاشبه المجنون والنائم أو مفقود الإرادة فأشبه المكره[7].

٢- ولأنه غير مميز فلم يقع طلاقه كالصغير[8].

٣ - وبما روي عن عثمان أنه قال (ليس لمجنون ولا لسكران طلاق)[9] قال أحمد حديث عثمان أصح من حديث علي وحديث الأعمش.

---

(١) الحاوي (١٤/ ٦٧-٩٩مخطوط) نقلاً عن رسالة الدكتوارة للمؤلف -الإمام المزني-.

(٢) السنن الكبرى (٧/ ٣٥٩).

(٣) الشرح الكبير (٨/ ٣٢٩)، والمغني (٧/ ٣١٣).

(٤) روضة الطالبين (٨/ ٦٢).

(٥) شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٥)، والشرح الكبير (٨/ ٣٢٩)، والمغني (٧/ ٣١٣)، والمهذب (٢/ ٧٢)، وتبيين الحقائق (٢/ ١٩٦) والبدائع (٤/ ١٧٩٠)، والبحر الرائق (٣/ ٢٦٦).

(٦) سبل السلام (٣/ ١٨١)، والشرح الكبير (٨/ ٢٣٨).

(٧) المهذب (٢/ ٧٧)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٤٥)، وسبل السلام (٣/ ١٨١)، والمغني (٧/ ٣١٣).

(٨) الحاوي (١٤/ ٦٩-مخطوط) نقلا عن رسالة الدكتوراة.

(٩) فتح الباري (٢٠/ ٥٦).

الترجيح:

لقد أجاب القائلون بعدم وقوع طلاق السكران عما استدل به القائلون بالوقوع بأنه لا دلالة لهم في الآيات القرآنية التي استدلوا بها فما ورد منها عاماً فقد خص والخطاب في الآية الثانية إنما هو خطاب لهم حال صحوهم ونهي لهم قبل سكرهم أن يقربوا الصلاة حالة أنهم لا يعلمون ما يقولون فهي دليل للقائلين بعدم الوقوع(١).

ثم إن جعل الطلاق عقوبة يحتاج إلى دليل على معاقبة السكران بفراق أهله(٢) وما نقل من أن عمر شاور الصحابة في أمر السكران فقال علي إذا شرب سكر وإذا سكر هذى الحديث فقد قال فيه ابن حزم: إنه خبر مكذوب باطل متناقض، فإن فيه إيجاب الحد على من هذى والهاذي لا حد عليه(٣).

مما سبق يتبين رجحان عدم وقوع طلاق السكران وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية في المادة [٨٨]-(أ) حيث نصت على أنه: (لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم) وعرفت فقرة (ب) من المادة [٨٨] المدهوش بأنه الذي فقد تمييزه من غضب أو وَلَهٍ أو غيرهما فلا يدري ما يقول.

رابعاً: القصد إلى الطلاق، فلا يقع طلاق المخطىء عند جمهور الفقهاء(٤) وهو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق فيسبق على لسانه الطلاق(٥) وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥] ولقوله (ﷺ) «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى»(٦) وبما روى عن النبي أنه قال: «إن ا تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(٧).

ومن نطق بلفظ الطلاق وهو لا يعلم معناه فلا يقع طلاقه لعدم القصد ومن صدرت منه عبارة الطلاق قاصداً بها أغراضاً أخرى لا تتصل بإنشاء الطلاق كمن ردّد عبار صدرت عن غيره بقصد التعليم كعبارات المدرسين والمغنيين لا يقع طلاقه مطلقاً لعدم قصد معناه وإن قصد لفظه(٨) وكمن حاكى غيره بلفظ الطلاق بقصد(٩) فقد ورد أن امرأة قالت لزوجها سمني خلية طالق، فقال لها أنت خلية طالق، ثم أتت عمر بن الخطاب وقالت له زوجي طلقني فجاء زوجها فقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها وقال

---

(١) سبل السلام (٣/ ١٨١).
(٢) سبل السلام (٣/ ١٨١).
(٣) سبل السلام (٣/ ١٨١)، والمحلى (١٠/ ٢١١).
(٤) البحر الرائق (٣/ ٢٦٣)، وروضة الطالبين (٨/ ٥٣).
(٥) البحر الرائق (٣/ ٢٦٣).
(٦) صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري (٩/ ٣٩٢)، وصحيح مسلم (٣/ ١٥١٥).
(٧) سنن ابن ماجة (كتاب الطلاق، باب رقم ١٦)، وفتح الباري (٩/ ٣٨٨)، وصحيح مسلم (٣/ ١١٦).
(٨) روضة الطالبين (٨/ ٥٥و٥٦).
(٩) روضة الطالبين (٨/ ٥٤).

لزوجها خذ بيدها وأوجع رأسها[1].

وذهب الحنفية[2] إلى أن طلاق المخطىء يقع قضاء لا ديانة لأن الخطأ أمر باطني لا يطلع عليه إلا من جهة صاحبه وقد يتخذ ادعاؤه وسيلة إلى إحلال ما حرم الله وإلى إضاعة الحقوق. والغافل والساهي والناسي يقع طلاقهما عند الحنفية قضاء لا ديانة وقال بعضهم: يقع قضاء وديانة[3].

أما وقوعه قضاء فلأنها أمور باطنية لا إطلاع لأحد عليها إلا من جهة صاحبها وأما عدم وقوعه ديانة فلعدم القصد إلى الطلاق، وقال الشافعية[4] يقع طلاق الناسي ظاهراً أي قضاء وفي نفوذه ديانة وجهان.

والغفلة: غيبة الشيء عن بال الإنسان وعدم تذكره له، وسهى عن الشيء يسهو غفل قلبه عنه حتى زال عنه فلم يتذكره، والفرق بين الساهي والناسي هو أن الناسي إذا ذكر تذكر والساهي بخلافه[5].

وأما اللاعب والهازل بالطلاق فقد ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والحنفية إلى وقوع طلاقهما[6].

واستدلوا:

١- بقوله (ﷺ) «ثلاثة جدّهن جدّ وهزلهن جدّ الطلاق والنكاح والرجعة»[7].

٢- وبقوله (ﷺ) «من طلق لاعباً جاز ذلك عليه»[8].

٣- وبما روى أبو الدرداء رضي الله عنه أن النبي قال «من لعب بطلاق أو عتاق لزمه»[9] قال وفيه نزل ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ﴾[10].

٤- ولأن الهازل أتى بالسبب غير ملتزم لأثره وترتب الآثار الشرعية على أسبابها أنما هو للشارع لا للعاقد فإذا أتى بالسبب غير ملتزم لأثره لزمه حكمه شاء أو أبى وليس للعبد أن يهزل مع ربه فيما حرمه ولا أن يلعب بحدوده، وهذا بخلاف البيع وما يشبهه فإنه تصرف في المال وهو حق له[11].

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٣٤١).

(٢) البحر الرائق (٣/ ٢٦٣)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٥).

(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٥).

(٤) روضة الطالبين (٨/ ٥٥).

(٥) حاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٥).

(٦) روضة الطالبين (٨/ ٥٤)، ومواهب الجليل (٤/ ٤٤)، وحاشية الخرشي (٣/ ١٧٢)، والبدائع (٤/ ١٧٩٢)، والبحر الرائق (٣/ ٢٦٣)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٤٢٥)، وشرح العناية على الهداية بهامش شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٥).

(٧) رواه أبو داود في سننه باسناد حسن، (كتاب الطلاق، حديث رقم ٢١٩٤)، والبحر الرائق (٣/ ٢٦٤).

(٨) الاختيار (٣/ ١٢٣).

(٩) صحيح البخاري بشرح فتح الباري (٩/ ٣٩٢).

(١٠) تفسير القرطبي (٣/ ١٥٦).

(١١) فرق الزواج (ص٥٥).

وذهب بعض الفقهاء منهم الناصر والصادق والباقر ومالك وأحمد في قول الى أن طلاقهما لا يقع إلا بالنية[1].

واستدلوا:

١- بقوله «إنما الأعمال بالنيات»[2] وأجيب عنه بأنه عام خصصته الأحاديث السابقة الدالة على وقوع طلاق اللاعب والهازل[3].

٢- كما استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧] والهازل لا عزم له[4].

خامساً: أن يكون مختاراً لا خلاف بين الفقهاء في أن الإكراه بحق يقع به الطلاق وذلك كإكراه القاضي المولى على الطلاق بعد التربص إذا لم يفيء وإكراهه الرجلين اللذين زوجهما وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق. فإن الطلاق في هاتين الحالتين وما أشبهها يقع، لأنه قول حمل عليه بحق فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود[5].

وأما الإكراه على الطلاق بغير حق فقد اختلف الفقهاء في وقوعه على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم وقوع طلاقه، وبه قال الأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وروي عن جماعة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وابن الزبير وجابر بن سمرة وقال به من التابعين: عكرمة والحسن بن صالح وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاووس[6].

واستدلوا:

١- بقوله (ﷺ): «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[7].

٢- وبما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله (ﷺ) يقول: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»[8] قال أبو عبيد: معناه في إكراه وقال أبو بكر: سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا: يريد الإكراه لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه[9].

---

(١) سبل السلام (٣/ ١٧٦)، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٢/ ٣٦٦، ٣٦٧).

(٢) صحيح البخاري بشرح فتح الباري (٩/ ٣٩٢).

(٣) سبل السلام (٣/ ١٧٦).

(٤) فرق الزواج، (ص٥٥).

(٥) المغني (٧/ ٣١٦)، والمهذب (٢/ ٧٨)، وسبل السلام (٣/ ١٧٧).

(٦) المغني (٧/ ٣١٥)، وروضة الطالبين (٨/ ٥٦)، وكفاية الاخبار (٢/ ٦٥)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨٩)، وكشف القناع (٥/ ٢٦٥).

(٧) سنن ابن ماجه (١/ ٦٥٩).

(٨) سنن أبي داود مع شرحه، عون المعبود (٦/ ٢٦١)، حديث حسن.

(٩) المغني (٧/ ٣١٦)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٥٠).

٣- ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها[1] فمن نطق بكلمة الكفر مكرهاً لا يحكم بكفره قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦] قال عطاء الشرك أعظم من الطلاق، قال الشافعي: إن الله لما وضع الكفر عمن تلفظ به حال الإكراه وأسقط عنه أحكام الكفر كذلك سقط عن المكره ما دون الكفر لأن الأعظم إذا سقط سقط ما دونه بطريق الأولى[2].

المذهب الثاني: ذهب الحنفية إلى أن طلاق المكره يقع منه دون تفريق بين الإكراه بحق أو بغير حق[3].

واستدلوا:

١- بقوله (ﷺ): «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله»[4]. **ووجه الدلالة**: أن الحديث دل على وقوع طلاق كل واحد إلا المغلوب على عقله فشمل بذلك طلاق المكره. ويدل على وقوع طلاق المكره اطلاق الآيات القرآنية حيث لم تفرق بين المكره وغير المكره وبما ورد عن عمر بن الخطاب: (أربع مبهمات مقفولات ليس فيهن رد: النكاح والطلاق والعتاق والصدقة)، ولا يقوله عمر رضي الله عنه إلا عن توقيف[5].

٢- وبما روي محمد بإسناده عن صفوان بن عمر الطائي أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائماً فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثاً وإلا ذبحتك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثاً ثم جاء إلى رسول الله (ﷺ) فسأله عن ذلك فقال: «لا قيلولة في الطلاق»[6].

٣- ولأن المكره مختار في التكلم اختياراً كاملاً في السبب إلا أنه غير راض[7] بالحكم لأنه عرف الشرين فاختار أهونهما عليه، غير أنه محمول على اختياره ذلك ولا تأثير لهذا في نفي الحكم، يدل عليه حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون فقال لهما (ﷺ) نفي لهم بعهلهم ونستعين الله عليهم، فبين أن اليمين طوعاً أو كرهاً سواء فعلم أن لا تأثير للإكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع فحكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضى وهو منتف بالإكراه[8].

---

(١) الشرح الكبير (٨/ ١٤٢)، والمغني (٧/ ٣١٦)، والمهذب (٢/ ٧٨).

(٢) سبل السلام (٣/ ١١٧).

(٣) تبيين الحقائق (٢/ ١٩٤)، والبدائع (٤/ ١٧٩٢)، والبحر الرائق (٣/ ٢٦٤).

(٤) سنن الترمذي مع شرحه عارضة الأحوذي (٥/ ١٦٧).

(٥) شرح فتح القدير (٣/ ٢٤٤).

(٦) شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٤)،و قال ابن حزم: أنه خبر في غاية السقوط فصفوان منكر الحديث، انظر المحلى (١٠/ ٢٠٣).

(٧) الاختيار: هو التمكن من فعل الشيء أو تركه. والرضا: هو الرغبة في الشيء والارتياح له.

(٨) نيل الأوطار (٦/ ٢٥٠).

٤- وقياساً على طلاق الهازل فكما أن الهازل يقع طلاقه مع عدم قصد الطلاق عند مباشرة سببه وعدم رضاه بالأثر المترتب على السبب لأنه قصد التكلم بالطلاق فكذلك المكره يقع طلاقه وإن لم يقصد الطلاق عند مباشرة سببه والنتيجة المترتبة عليه لأنه قصد النطق به. ويؤيد هذا ويقويه حديث الرسول (ﷺ): «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق»، فالرسول (ﷺ) اعتبر مجرد قصد التلفظ بالطلاق من غير اعتبار معناه موقعاً للطلاق والمكره والهازل في هذا سواء[١].

مناقشة أدلة الجمهور:

ناقش الحنفية ما استدل به الجمهور من حديث: «أن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» بأن هذا الحديث لا عموم له لأنه من باب المقتضى إذ لا يمكن أن يكون المراد رفع ذات الخطأ والنسيان والإكراه، لأنه واقع فاقتضى أن يكون المعنى رفع عن أمتي حكم الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه، والمراد بالحكم فيه الحكم الأخروي لأنه محل اتفاق ولا يعم الحكم الدنيوي ومنه عدم وقوع الطلاق[٢].

وقد أجاب الجمهور عن قولهم المراد به رفع الحكم الأخروي لا الدنيوي غير مسلم إذ لا دليل على هذا التخصيص وإنما المراد رفع الحكم الدنيوي والأخروي معاً.

وأما ما استدل به الجمهور بما روته السيدة عائشة أنها سمعت رسول الله (ﷺ) يقول: «لا طلاق في إغلاق» فإن هذا الحديث ضعيف لأن في إسناده محمد بن عبيد ابن أبي صالح وقد ضعفه أبو حاتم الرازي[٣]. وقد أجاب الجمهور بأن الحديث قد أخرجه أبو يعلى والبيهقي والحاكم وصححه الحاكم[٤]. وقد يكون المراد بقوله: (إغلاق): الغضب وقد يراد به الجنون وقد يراد به الإكراه وإذا احتمل كل هذه المعاني لم يصلح دليلاً[٥].

وقد أجاب الجمهور بأن المراد الإكراه وهذا ما ذكره أئمة فقه اللغة كما سبق، وقد رد ابن السيد احتمال الغضب حيث قال: لو كان كذلك لم يقع على أحد طلاق لأن أحداً لا يطلق حتى يغضب[٦].

مناقشة أدلة الحنفية:

ما استدل به الحنفية من إطلاق الآيات القرآنية وعموم الأحاديث والأخبار صحيح، وقد وردت أحاديث كثيرة صحيحة قيدت الإطلاق الوارد في الآيات القرآنية وخصصت العموم الوارد في الأحاديث

---

(١) فرق الزواج (ص٥٦)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٤)، وشرح العناية على الهداية (٣/ ٣٤٥)، والبحر الرائق(٣/ ٢٦٤).
(٢) شرح فتح القدير(٣/ ٣٤٤)، والبحر الرائق (٣/ ٢٦٤).
(٣) نيل الاوطار (٦/ ٢٥٠).
(٤) نيل الاوطار (٦/ ٢٥٠).
(٥) نيل الاوطار (٦/ ٢٥٠).
(٦) نيل الاوطار (٦/ ٢٥٠).

والأخبار التي استدل بها الحنفية ومنها الأحاديث التي استدل بها الجمهور ثم إنهم لم يوقعوا طلاق الصبي والمجنون عملاً بالأحاديث التي قيدت مطلق الايات القرانية[١].

وما استدلوا به من حديث صفوان بن عمرو الطائي فهو ضعيف، قال ابن حزم: إنه خبر في غاية السقوط فصفوان منكر الحديث[٢].

وأما قياسهم المكره على الهازل فهو قياس مع الفارق لأن الأول لم يكن فيه اختيار ولا رضا حيث أكره على التكلم بالطلاق، وأما الثاني فإنه قصد إلى السبب ونطق به عن اختيار وإن لم يرض الحكم المترتب عليه وفرق بينهما فناسب الثاني التغليظ عليه بوقوع طلاقه بخلاف الأول لأنه معذور[٣].

الترجيح:

مما سبق بيانه يتبين لنا رجحان رأي القائلين بعدم وقوع طلاق المكره لقوة أدلتهم ولأن المكره إذا نطق بكلمة الكفر مكرهاً لا يحكم بكفره فكذلك من نطق بكلمة الطلاق مكرهاً لا يقع من باب أولى لأن الأعظم إذا سقط سقط ما هو دونه.

ويؤيد هذا ما روي عن قدامة بن إبراهيم أن رجلاً على عهد عمر بن الخطاب تدلى يشتري عسلاً فأقبلت امرأته فجلست على الحبل فقالت ليطلقها ثلاثاً وإلا قطعت الحبل فذكّرها الله والإسلام فأبت فطلقها ثلاثاً ثم خرج إلى عمر فذكر له ذلك فقال ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق.[٤] [٥].

المكره الذي لا يقع طلاقه: لا خلاف بين الفقهاء في أن من نيل بشيء من العذاب كالضرب والحبس والخنق والغط في الماء مع الوعيد بالقتل يكون مكرهاً، لما روي أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك فأعطاهم فانتهى إليه النبي وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول (أخذك المشركون فغطوك في الماء، وأمروك أن تشرك بالله ففعلت، فإذا أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم)[٦].

قال عمر رضي الله عنه: (ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أوجعته أو ضربته أو أوثقته) واختلفوا في التهديد بالقتل ونحوه، فذهب جمهور الشافعية وأبو حنيفة وأحمد في رواية إلى أن الوعيد بمفرده إكراه لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد فإن الماضي من العقوبة لا يندفع ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه، وإنما أبيح له فعل المكره عليه وفقاً لما يتوعده به من العقوبة فيما بعد.

وذهب أحمد في الرواية الثانية وأبو اسحاق المروزي من الشافعية إلى أنه لا يكون مكرهاً إلا بأن ينال

---

(١) فرق الزواج لعلي الخفيف (ص ٥٦).
(٢) المحلى (١٠/٢٠٣).
(٣) فرق الزواج (ص٥٦).
(٤) السنن الكبرى (٧/ ٣١٧).
(٥) المغني (٧/ ٣١٧).
(٦) المغني (٧/٣١٦).

بالضرب لما سبق ذكره من قصة عمار والخبر الذي روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قال ابن قدامة: وهو في الموضعين واحد، ولأنه متى توعده بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له الفعل أفضى إلى قتله وإلقائه بيده إلى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئاً لأنه إذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصل المُكْرِه إلى مراده ويقع الضرر بالمُكْرَه، وثبوت الإكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا ينفي ثبوته في حق غيره[1].

ومن شروط الإكراه:

١- أن يكون المكرِه غالباً قادراً على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغلب أو فرط هجوم.

٢- أن يكون المُكْرَه عاجزاً عن الدفع بفرار أو مقاومة أو استعانة بغيره.

٣- أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إذا لم يجبه إلى ما طلبه.

٤- أن يكون الأمر الذي هدد به مما يلحق به ضرراً كثيراً كالقتل والعذاب الشديد والقيد والحبس الطويلين، فأما الشتم والسب فليس بإكراه وكذلك أخذ المال اليسير وأما الضرر اليسير فإن كان في حق من لا يبالي فليس بالإكراه وإن كان من ذوي المروءات على وجه يكون إخراقاً بصاحبه وغضاً له وشهرة في حقه فهو كالعذاب الكثير في حق غيره فالضرب والحبس والاستخفاف يختلف باختلاف الناس وأحوالهم، والتخويف بالقتل والقطع لا يختلف باختلاف الناس والتخويف بأخذ المال فبالنسبة للموسر لا يعتبر إكراهاً إن خوفه بذهاب مائة دينار مثلاً ويعتبر إكراهاً بالنسبة للمعسر.

طلاق السفيه:

المحجور عليه لسفه يقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم[2] لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد، والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس.

وقال عطاء: لا يصح طلاق السفيه[3].

طلاق المريض مرض الموت:

مرض الموت: هو المرض الذي يغلب فيه موت صاحبه عادة ويتصل بموته، ويأخذ حكم المريض مرض الموت من يخاف عليه الهلاك غالباً وإن كان صحيحاً[4] كمن قدم ليقتل من قصاص أو رجم وكمن أُلقي على لوح في سفينة تحطمت وسط البحر، وكمن افترسه السبع وبقي في فيه وكمن كان في

---

(١) المغني (٧/ ٣١٧).
(٢) المغني (٧/ ٣١٥).
(٣) المرجع السابق.
(٤) حاشية ابن عابدين (٢/ ٥٢١)، والبحر الرائق (٤/ ٤٦)، والهداية (٢/ ٤).

الصف الأول من القتال في المعركة[1].

وقد اختلف الفقهاء قديماً في الأمارات التي يعرف بها مرض الموت فقال بعضهم: هو المرض الذي يعجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت، وبالنسبة للمرأة: المرض الذي يعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت[2] وقال بعضهم هو ما ألزم صاحبه الفراش بحيث يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء[3]، والأولى أن يرجع في معرفة أماراته إلى الأطباء.

حكم طلاق المريض مرض الموت:

لا خلاف بين الفقهاء أن طلاق المريض مرض الموت يقع وتترتب عليه جميع آثاره التي تترتب على طلاق الصحيح[4] ما دام أهلاً لإيقاع الطلاق فإن اختل عقله مثلاً فلا يقع طلاقه.

أما ميراث زوجته منه فهذا عرض لأقوالهم في المسألة:

- إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقاً رجعياً ثم توفي وهي في عدتها ورثته اتفاقاً لبقاء الزوجية الموجبة للميراث وسائر الأحكام كالظهار والإيلاء وله مراجعتها بغير رضاها[5].

- وإذا توفي بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها لانتهاء آثار عقد الزواج ولأنه بتطليقها رجعياً لا يعتبر فاراً من الميراث.

- وإذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقاً بائناً بناء على طلبها أو مخالعة ثم مات وهي في العدة فلا ترثه عند الحنفية وأحمد في رواية والشافعي في القديم لأنها رضيت بأبطال حقها[6]، وقال مالك وأحمد في الرواية الثالثة ترثه لأنه طلقها في مرض موته[7] وإن رضيت أن يطلقها طلاقاً رجعياً فطلقها بائناً ثم مات وهي في العدة اعتبر فاراً من الميراث عند القائلين بأن زوجة الفار ترث منه لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها الطلاق الرجعي راضية ببطلان حقها في الميراث[8].

- وإذا طلقها في مرض موته طلاقاً بائناً دون طلب منها أو رضاها به ولم يكن مخالعة على مال فقد اختلفت أقوال الفقهاء في ميراثها منه.

فذهب الشافعي في الجديد إلى أنها لا ترث منه مطلقاً مات في العدة أو بعد انقضائها وهو مروي عن علي وعبد الرحمن بن عوف[9] لانقطاع الزوجية بينهما ولأنها لو ماتت لم يرثها بالاتفاق، فكذلك إذا

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٢/ ٥٢١).

(٢) حاشية ابن عابدين (٢/ ٥٢١)، والبحر الرائق (٤/ ٤٦).

(٣) الهداية (٢/ ٤).

(٤) روضة الطالبين (٨/ ٧٢)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٩٤)، والهداية (٢/ ٥) والمغني (٦/ ٣٧٢)، والبحر الرائق (٤/ ٤٦).

(٥) المغني (٦/ ٣٧٢)، وتبين الحقائق (٢/ ٢٤٦).

(٦) الهداية (٢/ ٣)، والمغني (٦/ ٣٧٦)، حاشية ابن عابدين (٢/ ٥٢٠).

(٧) الهداية (٢/ ٣)، والمغني (٦/ ٣٧٦).

(٨) الهداية (٢/ ٣)، والمغني (٦/ ٣٧٧)، وتبيين الحقائق (٢/ ٢٤٧).

(٩) روضة الطالبين (٨/ ٧٢)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٩٤)، والمغني (٦/ ٣٧٣)، وتبيين الحقائق (٢/ ٢٤٦).

مات وهي في العدة وقياساً على الطلاق في زمن الصحة[1] ولأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء[2].

وذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية والشافعي في القديم إلى أنها ترث منه إن توفي وهي في العدة من الطلاق البائن[3].

وذهب أحمد بن حنبل في أشهر الروايتين عنه إلى أنها ترثه إن توفي وهي في العدة وبعدها ما لم تتزوج بآخر[4].

وذهب مالك إلى أنها ترثه مطلقاً سواء توفي في العدة أو بعدها، تزوجت بآخر أم لم تتزوج[5].

والقول بتوريث زوجة الفار مروي عن جمع غفير من الصحابة حتى ذكر بعضهم[6] اجماعهم على توريثها، منهم عمر وابنه عثمان وابن مسعود والمغيرة وعلي وأبي بن كعب وعبد الرحمٰن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت رضي ا عنهم أجمعين وبه قال جماعة من السلف منهم النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاووس وابن شبرمة والثوري وحماد ابن أبي سليمان والحرث العكلي[7].

وقد احتج هؤلاء بأن عثمان رضي ا عنه ورث تماضر بنت الأصبغ بن زياد الكلبية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في العدة وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً وقال: ما اتهمته ولكن أردت السنة[8].

ولا يقدح في هذا الإجماع ما روي أن ابن الزبير قال في خلافته: لو كنت أنا لم أورثها فإنه يحتمل أنه أراد به أنه لا يورثها لعدم علمه بالحكم الشرعي إذ ذاك[9].

وقياساً على ما لو وهب المريض مرض الموت كل ماله أو تبرع لبعض الورثة فإن تصرفه يكون باطلاً والجامع بينهما أنه أراد إبطال حق بعد تعلقه بماله، ووجه تعلق حق الزوجة بأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت والزوجة من الورثة[10].

---

(١) المراجع السابقة.
(٢) المغني (٦/ ٣٧٣).
(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ٥٢٠)، وشرح فتح القدير (٤/ ٣)، والهداية (٢/ ٣)، والمغني (٦/ ٣٧٣)، وروضة الطالبين (٨/ ٧٢)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٩٤).
(٤) المغني (٦/ ٣٧٣)، و شرح العناية على الهداية، مع شرح فتح القدير (٤/ ٢).
(٥) شرح العناية على الهداية مع الفتح (٤/ ٢)، وشرح فتح القدير (٤/ ٤)، والمغني (٦/ ٣٧٤)، والمدونة الكبرى (٣/ ٣٤).
(٦) شرح فتح القدير (٤/ ٣)، وشرح العناية على الهداية مع شرح فتح القدير (٤/ ٣).
(٧) شرح فتح القدير (٤/ ٣)، والمغني (٦/ ٣٧٣).
(٨) المدونة (٣/ ٣٨).
(٩) شرح فتح القدير (٤/ ٣)، وتبين الحقائق (٢/ ٢٤٦).
(١٠) شرح فتح القدير (٤/ ٣) وتبيين الحقائق (٢/ ٢٤٦).

ولأنه قصد بالطلاق حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده قياساً على من قتل مورثه بجامع أن كلاً منهما فعل فعلاً محرماً لغرض فاسد[١].

واحتج الحنابلة بما احتج به الحنفية إلا أنهم قالوا ترث إن توفي بعد انتهاء عدتها ما لم تتزوج لما روى أبو سلمة ابن عبد الرحمن (أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء عدتها)[٢]، وبما روي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: (ترث ما لم تتزوج)[٣] ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة[٤].

واعترض بأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة ولم يعهد مثل هذا في الشرع[٥] ولأنه لم يبق أي أثر من اثار النكاح بعد انقضاء العدة[٦] ويحمل قول أبي بكر على معنى ما لم تقدر على أن تتزوج وهو بانقضاء العدة[٧].

واحتج المالكية[٨] بأن قضاء عثمان رضي الله عنه كان بعد العدة وبأن سبب توريثها فراره من ميراثها. وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة[٩] ويرد عليه بما سبق من انقطاع أثر النكاح بانتهاء العدة وبأن ما روي عن عثمان رضي الله عنه معارض بالروايات الكثيرة التي تدل على أن قضاء عثمان كان وهي في العدة.

مما سبق يتبين رجحان الرأي القائل بتوريث زوجة الفار إذا توفي وهي في العدة[١٠].

متى يعتبر المريض مرض الموت فاراً من الميراث ترث منه زوجته ؟

يشترط الحنفية لذلك عدة شروط:

١- أن يطلقها في مرض موته أو ما في حكمه طلاقاً بائناً.

٢- أن يموت بسبب المرض المتصل وهي في العدة من الطلاق فإن طلقها في مرض موته بائناً ثم صح ثم مات لم ترث منه لأن المرض إذا أعقبه برء لم يكن مرض موت، فتبين لنا أنه لا حق لها يتعلق بماله لأن حق الورثة في مال المورث إنما يتعلق بالمال بوجود سبب الميراث وقد انتفى وقال زفر ترثه لأنه قصد الفرار[١١].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٥٢٠).
(٢) المغني (٦/ ٣٧٣).
(٣) شرح فتح القدير (٤/ ٤).
(٤) المغني (٦/ ٣٧٣).
(٥) المغني (٦/ ٣٧٤).
(٦) شرح فتح القدير (٤/ ٤)، وتبيين الحقائق (٢/ ٢٤٦).
(٧) المرجع السابق.
(٨) المدونة (٣/ ٣٨).
(٩) المغني (٦/ ٣٧٤)، وشرح فتح القدير (٤/ ٥).
(١٠) شرح فتح القدير (٤/ ٣)، وتبيين الحقائق (٢/ ٢٤٦).
(١١) الهداية (٢/ ٥)، والمغني (٦/ ٣٣١).

٣- أن تظل الزوجة أهلاً للميراث من وقت طلاقها إلى وقت وفاته، فمن قتلت زوجها بعد طلاقها لا ترث منه، وإذا طلق الكتابية في مرض موته بائناً فإنها لا ترث منه لأن الكتابية لا ترث زوجها المسلم أصلاً[١]، ومن كانت أهلاً للميراث عند الطلاق ثم ارتدت فقد سقط حقها في الميراث بارتدادها ومن كانت أهلاً للميراث ثم ارتدت في العدة ثم رجعت عن ردتها قبل وفاة الزوج وهي في العدة فإنها لا ترث منه[٢].

وإذا طلقها بائناً في مرض موته ثم فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة زمن العدة ثم توفي الزوج، وهي في عدتها منه ورثته لأن المحرمية لا تنافي الإرث، وهذا بخلاف ما لو فعلت ما يوجب حرمة المصاهرة حال قيام النكاح فإنها لا ترث منه لأنها توجب الفرقة بين الزوجين بسبب من قِبَلِها فكانت راضية بها فلا ترث[٣].

٤- أن لا يكون الزوج مكرهاً على الطلاق.

٥- أن لا تكون راضية بالطلاق فمن سألت زوجها الطلاق فطلقها بائناً لا ترث منه لأنه ليس بَفَارٍّ ومَنْ افتدت نفسها بمال لم ترث كذلك[٤].

المطلب الثاني

الشروط الواجب توفرها في المطلقة (محل الطلاق)

لما كان الطلاق حلاً لعقدة النكاح كان لا بد لترتب الأثر على لفظ الطلاق من أن تكون المطلقة زوجة حقيقة أو حكماً.

والزوجة الحقيقية: هي التي لم يطرأ على عقد زواجها الصحيح ما يرفع قيده في الحال أو المآل فيقع الطلاق على الزوجة حال قيام عقد الزواج الصحيح سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل، ولا يقع الطلاق على من كان عقد زواجها باطلاً أو فاسداً لأن الطلاق إنما شرع لحل عقدة النكاح الصحيح لأنه المعتبر في الشرع وأما النكاح الباطل والفاسد فلا يعتد بهما في الشرع. وقد نص القانون في المادة [٨٤] على أن: (محل الطلاق المرأة المعقود عليها بزواج صحيح).

وقد أجمع الفقهاء على أن الطلاق الناجز لا يقع على المرأة الأجنبية فمن قال لامرأة أجنبية عنه أنت طالق ثم تزوجها لم يترتب عليه أثر وكان لغواً لأنه عندما تلفظ بالطلاق المنجز لم يكن بينه وبين المرأة عقد نكاح أصلاً[٥]. وإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لأنه

---

(١) المغني (٦/ ٣٣٣).

(٢) المهذب (٢/ ٢٥).

(٣) الهداية (٢/ ٦).

(٤) تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٧).

(٥) نيل الأوطار (٦/ ٢٥٥).

حين التلفظ بالطلاق ليس بمالك للطلاق ولا إضافه إلى سببه[1] أما إذا قال للمرأة الأجنبية عنه إن تزوجتك فأنت طالق فأضاف الطلاق إلى سبب الملك وهو الزواج فقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق على قولين:

القول الأول: لا يقع طلاقه وبهذا قال الشافعية، والحنابلة والشيعة الجعفرية ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم[2] إذ يشترط عندهم أن يكون مالكاً للطلاق حين التلفظ به ومن لا يملك تنجيز الطلاق لا يملك تعليقه.

واستدلوا:

١- بما روي عن المسور بن مخرمة أن النبي (ﷺ) قال: (لا طلاق إلا فيما تملك ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك)[3].

٢- وبما روي عن علي رضي الله عنه مرفوعاً: (لا طلاق قبل النكاح)[4].

٣ - وبما أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ﷺ): «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك» قال الترمذي حسن[5] [6].

القول الثاني: يقع الطلاق إن تزوجها وبهذا قال الحنفية وهو مروي عن عمر وابن مسعود وابن عمر ونقل عن سعيد بن المسيب وعطاء وحماد ابن أبي سليمان وشريح، ويشترط عندهم لوقوع الطلاق على امرأة معينة أن يكون التعليق بصريح الشرط بأداته فلو قال هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة ولا عبرة بقوله أتزوجها، فكأنه قال: هذه طالق فيكون قد أوقع الطلاق منجزاً في غير ملك ولا إضافة إلى سبب الملك.

وإن كانت الصيغة تعم كل امرأة يتزوجها فلا يشترط في التعليق أن يكون صريحاً بأداة الشرط. فلو كان التعليق مستفاداً بالمعنى صح ووقع الطلاق إن تزوجها كقوله كل امرأة أتزوجها فهي طالق[7].

وذهب المالكية[8] وربيعة والأوزاعي وابن أبي ليلى[9] إلى أنه إن خص في صيغة الطلاق امرأة بعينها

---

(١) الهداية وفتح القدير (٣/ ٤٤٧)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٩٢).

(٢) شرح فتح القدير (٣/ ٤٤٢)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٩٢)، وروضة الطالبين (٨/ ٦٨)، وفرق الزواج (ص٩٠)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٥٥).

(٣) سنن أبي داود (حديث رقم ٢١٩٠) وإسناده حسن.

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٢٩٢).

(٥) سنن أبي داود (حديث رقم ٢١٩٠).

(٦) شرح فتح القدير (٣/ ٤٤٢).

(٧) شرح فتح القدير (٣/ ٤٤٢).

(٨) بلغة السالك (١/ ٤٥٣، ٤٨٦).

(٩) شرح فتح القدير (٣/ ٤٤٢)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٥٥).

أو نساء بلد أو قبيلة أو صنفاً من النساء صح ووقع الطلاق إن تزوجها وإن عمم فقال كل امرأة أتزوجها فهي طالق لم يصح التعليق ولا يقع الطلاق لأن فيه سد باب النكاح عليه إذ كل امرأة يتزوجها تطلق وهذا ضرر ظاهر لا يقره الشرع أما لو ظاهر على العموم فقال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي صح ظهاره لأن الحرمة ترتفع بالتكفير[١].

واستدل القائلون بصحة تعليق الطلاق على الزواج من الأجنبية وهم الحنفية والمالكية[٢]،[٣].

بأنه تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق فلو قال شخص لعبد إن ملكتك فأنت حر، فإن قيل قياس مع الفارق لأن التعليق في صورة النكاح يفيد عكس ما يقتضيه عقد النكاح، فعقد النكاح شرع سبباً لثبوت الوصلة بين الأزواج ولانتظام المصالح وتعليق الطلاق على النكاح سبب لانقطاع الوصلة بين الزوجين وإنما شرع الطلاق للحاجة عند تباين الأخلاق ولذا كان الأصل فيه الحظر لا الإباحة.

وأما العتق فيصح تعليقه بالملك لأنه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى العقد المطلوب.

ويجاب عن هذا الاعتراض: بأن الحاجة إلى الطلاق كما تتحقق بعد العقد تتحقق قبل العقد فإن النفس قد تدعو إلى التزوج من امرأة مع العلم بفساد حالها وسوء عشرتها فيخشى غلبة النفس عليه، فيوئسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاماً لها عن مواقع الضرر فكان لذلك تعليق الطلاق مشروعاً كالطلاق بعد العقد[٤].

وقد ناقش الحنفية ما استدل به الجمهور فقالوا: إن الأحاديث التي تفيد بأنه لا طلاق قبل النكاح ولا طلاق فيما لا يملك ينبغي حمله على عدم جواز تنجيز الطلاق على المرأة الأجنبية لأنه هو الطلاق حقيقة، أما الطلاق المعلق فلا تشمله الأحاديث وليس في الأحاديث ما يدل على نفيه أو إثباته.

وهذا الحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري، فقد أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن الزهري أنه قال في رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل امرأة أشتريها فهي حرة: هو كما قال، قال معمر: أو ليس قد جاء: (لا طلاق قبل نكاح ولا عتاقة قبل ملك)؟ قال: إنما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالقة وعبد فلانة حر[٥].

وأما الحديث المروي عن ابن عمر فهو ضعيف لأن فيه أبو خالد الواسطي وهو عمر بن خالد، قال فيه أحمد وابن معين: كذاب.

وأما حديث أبي ثعلبة الخشني ففيه علي بن قرين وقد كذبه ابن معين وغيره، قال ابن علي يسرق الحديث[٦].

---

(١) المرجعين السابقين.
(٢) شرح فتح القدير (٣/ ٤٤٢)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٥٥).
(٣) بلغة السالك (١/ ٤٥٢).
(٤) نيل الأوطار (٦/ ٢٥٥)، وشرح فتح القدير (٣/ ٤٤٢).
(٥) مصنف عبد الرزاق (حديث رقم ١١٤٧٥- ٦/ ٤٤١)، وهو حديث صحيح.
(٦) شرح فتح القدير (٣/ ٤٤٤).

والراجح ما ذهب إليه الجمهور لصحة الأحاديث التي استدل بها الجمهور وحملها على الطلاق المنجز لا معنى له لأنه ظاهر لا يحتاج إلى بيان كما أنه لا يجوز إلا بدليل ولا دليل لهم عليه. وقياسهم تعليق الطلاق على تعليق العتق إنما يصح إذا كان الخصم يقول بصحة تعليق العتق على الملك.

وللشافعية في هذه المسألة رأيان، الأول: صحة تعليق العتق على الملك. والثاني: لا يصح[1] وإذا كانت المسألة خلافية في مذهب فلا تصح دليلاً في وجه بعض المخالفين.

وأما الزوجة حكماً: فهي عند الشافعية والمالكية والحنابلة كل معتدة من طلاق رجعي لأنها في حكم الزوجة حيث يصح للزوج أن يراجعها في أثناء عدتها دون رضاها، قال الشافعي رضي الله عنه الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى، يريد بذلك لحوق الطلاق وصحة الظهار واللعان والإيلاء والميراث، وأما غير الرجعية كالمختلعة فلا يلحقها الطلاق زمن العدة[2]، [3].

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الشافعية والحنابلة فلا يقع الطلاق على المرأة الأجنبية إذا علق الطلاق على زواجه منها. جاء في المادة [٨٤]: محل طلاق المرأة المعقود عليها بزواج صحيح، وفي المادة [٨٥]: يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات متفرقات في ثلاثة مجالس.

والزوجة حكماً عند الحنفية: هي كل معتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى[4] أو من فرقة تعتبر طلاقاً أو من فرقة تعتبر فسخاً لم ينقض العقد من أصله في صورتين:

الأولى: الفرقة بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام[5] لأن الفسخ وإن اعتبر إنهاء لعقد الزواج إلا أنه لا يلغي أحكامه السابقة فكان كالطلاق فيوجب ما يوجبه.

الثانية: الفرقة بسبب امتناع الزوجة غير الكتابية عن اعتناق الإسلام أو أي دين سماوي بعد إسلام زوجها[6]، [7].

---

(١) روضة الطالبين (٨/٦٨)، ومغني المحتاج (٣/٢٩٣).

(٢) ذهب هؤلاء الفقهاء إلى أن الطلاق بما دون الثلاث لايكون بائناً إلا في صورتين: الأول طلاق غير المدخول بها. والثانية: الطلاق على مال أو مخالعة، وغير المدخول بها لاعدة عليها إن طلقت فلا يلحقها الطلاق عند جميع الفقهاء بعد تطليقها. وأما المختلعة فلا يلحقها الطلاق في زمن عدتها. ويضاف إلى هاتين الصورتين التطليق البائن بحكم القاضي كما سيأتي بيانه إن شاء الله.

(٣) مغني المحتاج (٣/٢٩٣)، وروضة الطالبين (٨/٦٨).

(٤) المطلقة الرجعية يلحقها الطلاق الرجعي، والبائن والمعتد من طلاق بائن يلحقها الطلاق إذا كان اللفظ صريحاً وينقص عدد الطلقات. أما اذا طلقها بلفظ من ألفاظ الكناية وكان مراداً منه الإنشاء وقع كقوله أنت بائن بينونة أخرى إذ لايمكن حمل كلامه على أنه يريد به الخبر. (أي: إخبارها بأنها بائن) وإن كان لفظ الكناية يحتمل الإخبار لم يقع به الطلاق كقوله أنت بائن فيحمل على الإخبار وليس الإنشاء، حاشية ابن عابدين (٢/٤٦٩).

(٥) الفرقة بسبب ردة الزوجة تعتبر فسخ عند الحنفية باتفاق، والفرقة بسبب ردة الزوج تعتبر فسخاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وطلاقاً عند محمد.

(٦) هذه الفرقة فسخاً عند الحنفية باتفاق كما تقدم.

(٧) انظر مذهب الحنفية في الحالات السابقة في حاشية ابن عابدين (٢/٤٧٣).

فالفرقة في الصورتين السابقتين ليست نقضاً للعقد من أصله وإنما كانت لطروء حالة تنافي بقاء العقد فأشبهت بذلك فرقة الطلاق من ناحية إنهائها لعقد صحيح قائم لم يرتفع ابتداءاً وكانت الزوجة بسبب ذلك مرتبطة بزوجها ما دامت في العدة التي هي أثر من آثار ذلك النكاح الصحيح فكانت بسبب ذلك محلاً للطلاق شأنها شأن المعتدة من طلاق[1].

أما المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فلا تلحقها الطلقات التي يملكها الزوج علىالزوجة بعد النكاح.

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الطلاق لا يلحق المرأة المعتدة مطلقاً حتى وإن كان الطلاق رجعياً، فلا بد لصحة الطلاق عندهم من حصول الرجعة بين الطلاقين أو عقد زواج وهذا مذهب الزيدية والهادوية وجعفر الصادق والباقر وابن تيمية وابن القيم وروي عن جماعة من الفقهاء في قرطبة وروي عن جماعة من الصحابة منهم ابن مسعود وعبد الرحمٰن بن عوف والزبير وابن عباس وقال به من التابعين جابر بن زيد وعطاء وطاووس[2].

ووجهه أن الطلاق لم يشرع إلا للحاجة والطلاق في العدة لا تدعو إليه مصلحة ولا حاجة فكان مردوداً والطلاق في زمن العدة من الطلاق البدعي عندهم، وقد سبق بيان هذا عند الكلام عن الطلاق البدعي، والبدعي لا يقع[3].

الترجيح:

يتبين لنا مما سبق رجحان قول القائلين بأن الطلاق لا يلحق الطلاق، ذلك لأن اللهسبحانه شرع الطلاق ليحصل به رفع قيد النكاح عند تعذر استمرار الحياة الزوجية ورفع قيد النكاح يحصل بالطلقة الواحدة فلم تشرع الزيادة عليها كما أن في الثانية استعجال لما شرعه الله على سبيل الأناة وفي ذلك مخالفة لحكمة الشارع في جعله الطلاق الذي تصح بعده الرجعة مرتان قال تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فلو جاز أن يلحق الطلاق في العدة فأبانها بالثالثة لم يكن له أن يمسك بالمعروف وإذا طلقها ثانية في العدة فلم يترك لنفسه إلا فرصة للإمساك بالمعروف والله سبحانه وتعالى جعلها مرتين.

ولم ينص القانون على حكم المعتدة إذا طلقها في أثناء عدتها، وعليه فيعمل بالراجح من مذهب الحنفية، وهو أن الطلاق يقع على المعتدة من طلاق رجعي أو بائن لأنها زوجة حكماً.

وأرى ترجيح الرأي القائل بعدم وقوع الطلاق عليها في أثناء عدتها سواء كانت معتدة من طلاق بائن أو رجعي.

---

(١) فرق الزواج (ص٩٢).

(٢) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٥).

(٣) نيل الأوطار (٦/ ٢٤٥).

المبحث الرابع
في التوكيل والتفويض بالطلاق

المطلب الأول
في معنى التوكيل والتفويض ومشروعيته

الطلاق من الزوج نوعان:

١- نوع يوقعه الزوج مباشرة بطريق الأصالة، وقد سبق بيان ما يجب أن يتوافر فيه من شروط في المبحث الثاني.

٢- ونوع يوقعه بغيره، بإذنه أو أمره وهو التوكيل.

أولاً: معنى التوكيل والتفويض:

التوكيل: هو أن ينيب الزوج غيره في تطليق امرأته بأن يقوله له: وكلتك في أن تطلق زوجتي.

والتفويض: هو تمليك الزوج غيره تطليق امرأته، سواء كان ذلك الغير هو الزوجة نفسها أم غيرها.

ثانياً: آراء الفقهاء في مشروعية التوكيل والتفويض:

اختلف الفقهاء في جواز التوكيل والتفويض بالطلاق على ثلاثة أقوال:

القول الأول: جواز التوكيل والتفويض وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤].

القول الثاني: منع التوكيل والتفويض وهو رأي ابن حزم[٥].

القول الثالث: جواز التوكيل دون التفويض وهو القول الراجح عند الشيعة الإمامية[٦].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣١٤)، وبدائع الصنائع (٣/ ١١٣)، والمبسوط (٦/ ١٩٦).

(٢) الشرح الكبير (٢/ ٤٠٥)، وحاشية الخرشي (٣/ ٢٠٩)، وحاشية العدوي (٣/ ٢٠٩).

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٤٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨٥) والمهذب (٢/ ٨٠) وحاشية قليوبي وعميرة على المنهاج (٣/ ٣٢٩).

(٤) المغني (٧/ ٣٣٦)، ومطالب أولي النهي (٥/ ٣٥٣)، والمبدع في شرح المقنع (٩/ ٢٥٧).

(٥) المحلى (١٠/ ١٩٦).

(٦) فرق الزواج (ص٦٣)، والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للعاملي (٦/ ٢٣).

أدلة القائلين بجواز التوكيل والتفويض:

استدل جمهور الفقهاء على جواز التوكيل والتفويض بالطلاق بما يلي:

١- إنّ الأدلة الدّالّة على صحة الوكالة فيما يباشره الإنسان بنفسه أدلة مطلقة أو عامة غير مقيدة، أو مخصصة، فتجوز الوكالة في الطلاق كما تجوز في غيره[١].

٢- وأما التفويض بالطلاق فيدل على جوازه ما ورد من تخيير النبي (ﷺ) لزوجاته حين نزل قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَٱلدَّارَ ٱلْءَاخِرَةَ فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَٰتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٢٨-٢٩].

فقد ورد في سبب نزول هذه الآية أن رسول الله (ﷺ) غضب على أزواجه لسؤالهن إياه ما لا يقدر عليه من النفقة، فقد روى مسلم عن جابر بن عبد الله قال: دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله (ﷺ) فوجد الناس جلوساً ببابه لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر فدخل ثم جاء عمر فاستأذن فأذن له، فوجد النبي (ﷺ) جالساً حوله نساؤه واجماً ساكناً قال: فقال عمر والله لأقولن شيئاً أضحك رسول الله (ﷺ)، فقال يا رسول الله: لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأتُ عنقها فضحك رسول الله (ﷺ)، وقال: هن حولي يسألنني النفقة، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، وقام عمر الى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله (ﷺ) ما ليس عنده، فقلن والله لا نسأل رسول الله (ﷺ) شيئاً أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن رسول الله (ﷺ) شهراً أو تسعة وعشرين يوماً ثم نزلت هذه الآية، قال: فبدأ بعائشة فقال: يا عائشة إني أريد أن أعرض عليك أمراً أُحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيري أبويك فقالت: وما هو يا رسول الله فقرأ عليها الآية فقالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبواي، بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك ألا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها أن الله لم يبعثني معنتاً ولا متعنتاً ولكن بعثني معلماً ميسراً[٢]. ثم خَيّر النبي (ﷺ) أزواجه ففعلن مثلما فعلت عائشة[٣]. ففي الحديث دلالة على أن النبي (ﷺ) خَيَّرهن في البقاء على الزوجية أو الطلاق، فاخترن البقاء، ولا يصح أن يكون طلب النبي (ﷺ) من السيدة عائشة استمار أبويها إذا كان التخيير بين الدنيا والآخرة لظهور فضل الآخرة[٤].

٤- وقد ورد عن عدد من الصحابة قولهم أن من خير امرأته فاختارت نفسها، أنه يقع بذلك الطلاق ومنهم من رأى أنه يقع رجعياً، وروي هذا عن عمر وابن مسعود وابن عباس، ومنهم من رأى أنه يقع بائناً، وروي هذا عن علي[٥].

---

(١) فرق الزواج (ص٦٣).
(٢) صحيح مسلم مع شرح النووي (١٠/ ٨٠).
(٣) سنن الترمذي مع عارضة الأحوذي (١٢/ ٨٤).
(٤) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٤/ ١٧٠-١٧١)، و أحكام القرآن للجصاص (٣/ ٤٤٠).
(٥) المحلى (١٠/ ١٢٤)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٥٦)، والمغني (٧/ ١٤٢-١٤٣)، وعارضة الأحوذي (١٢/ ١٣٩).

وقد أخذ القانون برأي الجمهور في جواز التوكيل والتفويض حيث نص في المادة [٨٧] على أن (للزوج أن يوكل غيره بالتطليق وأن يفوض الزوجة بتطليق نفسها على أن يكون ذلك بمستند خطي).

أدلة ابن حزم على منع التفويض والتوكيل[١]:

استدل ابن حزم لرأيه في منع التفويض والتوكيل بما يلي:

١- أن الله سبحانه وتعالى خاطب الأزواج لا غيرهم في الطلاق، فلا يجوز أن يتولاه غيرهم، لا بوكالة، ولا بغيرها، وإلا كان تعدياً على حدود الله تعالى، والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

٢- ويدل على عدم جواز التفويض بالطلاق أن بعض الصحابة والتابعين قالوا بعدم جواز التفويض بالطلاق، منهم عثمان بن عفان، وابن عباس، ومن التابعين طاووس[٢].

- فقد روي عن يزيد بن حبيب أن رميسة الفارسية كانت تحت محمد بن عبد الصمد بن أبي بكر الصديق، فملكها أمرها، فقالت: أنت طالق ثلاث مرات، فقال عثمان بن عفان: أخطأت لا طلاق لها، ألا إن المرأة لا تُطلِّق[٣].

- وأخرج عبد الرزاق عن مجاهد أن رجلاً جاء إلى ابن عباس فقال: ملكت امرأتي فطلقتني ثلاثاً، فقال ابن عباس: خطّأ الله نوءها عليك، إنما الطلاق لك عليها، وليس لها عليك[٤].

- وأخرج عبد الرزاق عن ابن جريج قال: سألت عبد الله بن طاووس، كيف كان أبوك يقول في رجل ملك امرأته أمرها، أتملك أن تطلق نفسها أم لا؟ قال: كان يقول: ليس إلى النساء طلاق[٥]، فقلت له فكيف كان أبوه يقول في رجل ملك رجلاً امرأته، أيملك الرجل أن يطلقها؟ قال: لا[٦].

أدلة الشيعة:

ذهب الشيعة الإمامية إلى أن للزوج الغائب أن يوكل أجنبياً غير الزوجة في تطليق زوجته اتفاقاً، وأما إذا كان الزوج حاضراً، فله أن يوكل أجنبياً في تطليق زوجته في الأصح، ومقابله ليس له ذلك.

والراجح عندهم أن للزوج أن يوكل الزوجة بالطلاق كالأجنبي، لأن الأدلة الدالة على صحة الوكالة فيما يجوز للإنسان أن يباشر بنفسه أدلة مطلقة أو عامة ولم يقيلها أو يخصصها شيء يمنع من توكيل الزوجة بالطلاق. وذهب بعضهم إلى أنه لا يجوز توكيل الزوجة بالطلاق، لأن الأدلة الواردة في الطلاق

---

(١) المحلى (١٠/ ١٩٦).
(٢) المحلى (١٠/ ١١٦-١٢٤).
(٣) المحلى (١٠/ ١٢٠).
(٤) مصنف عبد الرزاق (٦/ ٥٢١ الحديث رقم ١١٩١٨)، والمحلى(١٠/ ١٢٠-١٢٤).
(٥) مصنف عبد الرزاق (٦/ ٥٢١ الحديث رقم ١١٩١٣).
(٦) هذه الزيادة من المحلى (١٠/ ١٢٠-١٢٤).

إنما جعلته للزوج خاصة، فلا تجوز إنابة الزوجة في الطلاق[1].

وواضح مما سبق أن الشيعة لا يجيزون تفويض الزوجة بالطلاق بمعنى تمليكها له، وإنما أجازه جمهورهم على وجه التوكيل لا التمليك، ويتقيد الوكيل بالوكالة، ولا يجوز للزوجة أن تشترطه في عقد الزواج، لأن اشتراطه في العقد مفسد له[2].

مناقشة أدلة الجمهور[3]:

ناقش ابن حزم أدلتهم على عدم جواز التوكيل في الطلاق بما يلي:

١- أن ما ذكروه من أدلة عامة أو مطلقة في الوكالة لا يصح الاستدلال بها هنا، لأن الله سبحانه وتعالى، جعل الطلاق للرجال لا للنساء، ولا يصح القول بالجواز إلا بدليل من قرآن أو سنة، ولم يوجد.

٢- ثم إن الذين قالوا بجواز التوكيل في الطلاق أصحاب قياس بزعمهم وبالضرورة يدري كل أحد أن الطلاق كلام، والظِّهار كلام، واللِّعان كلام، والإيلاء كلام، ولا يختلفون في أنه لا يجوز أن يظاهر أحد عن أحد، ولا أن يلاعن أحد عن أحد، ولا أن يؤلي أحد عن أحد بالوكالة ولا بغيرها، فهلا قاسوا الطلاق على ذلك؟ ولكن لا النصوص يتبعون، ولا القياس يحسنون.

٣- وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق، فإنه خاطب به الأزواج لا غيرهم، فلا يجوز أن ينوب غيرهم عنهم لا بوكالة ولا بغيرها، وإلا كان تعدياً لحدود الله عز وجل، قال تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وقال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤۡمِنٖ وَلَا مُؤۡمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمۡرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلۡخِيَرَةُ مِنۡ أَمۡرِهِمۡۗ﴾ [الأحزاب: ٣٦].

٤- وأما ما استدلوا به على جواز التفويض فلا يستقيم لهم لأن هذا من خصوصياته عليه السلام. ولو سلمنا فإنه لا دلالة فيها على المدعى، إذ التخيير كان بين الدنيا والآخرة، فإن اخترن الدنيا فارقهن حينئذ من نفسه مختاراً للطلاق، لا أنهن طوالق بنفس اختيارهن الدنيا، هذا ما يدل عليه نص الآية الكريمة ﴿إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا﴾ [الأحزاب: ٢٨].

فنسبة التمتع والتسريح إلى النبي (ﷺ) يدل على أن الفرقة ستكون من جانبه إذا اخترن الحياة الدنيا[4].

---

(١) فرق الزواج (ص٦٣-ص ٧٧).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المحلى (١٠/ ١٩٦).

(٤) المحلى (١٠/ ١٢٣).

٥- وما ذكر عن بعض الصحابة لا يصح، ثم أنه قد روي عن الواحد منهم أقوال مختلفة في المسألة، وليس العمل ببعضها أولى من العمل بالبعض الآخر[١].

مناقشة أدلة المانعين لجواز التوكيل والتفويض في الطلاق:

١- لا حجة لهم فيما ادعوه من عدم جواز التوكيل في الطلاق لأن الأدلة الدالة على جواز التوكيل عامة، أو مطلقة فتخصيصها أو تقييدها يحتاج إلى دليل ولم يوجد.

٢- وما قالوه من قياس عدم جواز التوكيل في الطلاق على عدم جواز التوكيل في الظهار والإيلاء واللعان فلا يصح، لأن الإيلاء واللعان أيمان، ولا تجوز النيابة في الأيمان اتفاقاً، أما الظهار فهو محرم، ولذا فلا تجوز النيابة في المحرم[٢].

٣- وأما قولهم بعدم جواز التفويض بالطلاق فلا يصح أيضاً، فقد روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: خيرنا رسول الله (ﷺ)، فاخترناه، فلم يعدها شيئاً، وفي رواية لمسلم: (فلم يعده طلاقاً) وفي رواية للبخاري: (فهل كان طلاقاً ؟).

قال الخطابي: يؤخذ من قول عائشة فاخترناه فلم يكن ذلك طلاقاً، أنها لو اختارت نفسها لكان ذلك طلاقاً، ووافقه القرطبي في المفهوم من الحديث حيث قال: إن المخيرة إذا اختارت نفسها، فإن ذلك الاختيار نفسه يكون طلاقاً من غير احتياج إلى نطق بلفظ يدل على الطلاق[٣].

٤- وما نقلوه عن بعض الصحابة معارض بما روي عن البعض الاخر، فقد حكى الترمذي عن علي رضي الله عنه، أنها اذا اختارت نفسها فواحدة بائن، وإن اختارت زوجها فواحدة رجعية، وعن زيد بن ثابت أنها إن اختارت نفسها فثلاث، وإن اختارت زوجها فواحدة بائنة، وعنه رجعية، وإن اختارت زوجها فلا شيء[٤].

الترجيح:

أرى رجحان رأي جمهور الفقهاء في جواز التوكيل والتفويض بالطلاق لعموم الأدلة، وأرى أن التخيير بمجرده لا يكون طلاقاً، بل لابد من إنشاء الزوج الطلاق إن اختارت نفسها، لأن فيها ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ﴾ [الأحزاب:٢٨]، أي بعد الاختيار، ودلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم[٥].

---

(١) المحلى (١٠/١٢٣).

(٢) فرق الزواج (ص٦٢).

(٣) الجامع لأحكام القران (١٤/ ١٧١)، وفتح الباري (٩/٣٠٣)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٥٧).

(٤) سنن الترمذي مع عارضة الأحوذي (٥/١٣٩)، صحيح البخاري مع شرح فتح الباري (٩/ ٣٠٢-٣٠٣)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٥٦).

(٥) أحكام القران للجصاص (٣/ ٤٤٠)، وأحكام القرآن لابن العربي المالكي (٣/ ١٥١٥-١٥١٦)، فرق الزواج (ص٧٩).

وليس فيما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها، كما قال ابن العربي: ما يدل على أن التخيير بمجرده يكون طلاقاً وإنما المعنى المفهوم أن النبي (ﷺ) جعل لزوجته الخيار بين حالين: حال يفارقهن فيه وحال يمسكهن فيه. فلم يعد ذلك منه طلاقاً، وأما استثمار عائشة لأبويها فإنما طلب منها نظراً لما سيترتب على اختيارها أحد الأمرين من بقاء أو مفارقة[1].

وقد تبين لنا أن الصحابة رضوان الله عليهم قد اختلفوا في المسألة اختلافاً كبيراً، قال ابن حزم: وقد تقصينا من روي عنهم من الصحابة أنهم قالوا بوقوع الطلاق في كل هذه الحالات فلم يكونوا بين من صح عنه ومن لم يصح عنه إلا سبعة قد اختلفوا وليس قول بعضهم أولى من قول بعض، ولا يوجد في المسألة أثر صحيح يدل على وقوع الطلاق[2].

المطلب الثاني

في الأحكام المتعلقة بالتوكيل والتفويض بالطلاق

اختلفت آراء الفقهاء في ذلك، فبعضهم فرق بين التوكيل والتفويض، وبعضهم جعل التفويض من قبيل التوكيل، كما أنهم اختلفوا في دلالة العبارة على كل منهما، هل هي توكيل بالطلاق فتأخذ أحكام الوكالة؟ أو تفويض فتأخذ أحكامه؟ وهذا بيان موجز لأحكام التوكيل والتفويض بالطلاق عند الحنفية.

الفرق بين التوكيل والتفويض بالطلاق:

١- التوكيل لا يتم إلا بالإيجاب من الوكيل والموكل، والتفويض يتم من جانب الزوج وحده.

٢- الوكيل يعمل بمشيئة الموكِّل والمُفَوَّض يعمل بمشيئة نفسه[3].

٣- الوكيل ملزم بأن يطلق إذا قَبِل الوكالة ما لم يعزل نفسه، والمفوض إن شاء طلق وإن شاء لم يطلق[4].

٤- للموكل أن يرجع في توكيله فيعزل الوكيل قبل أن يوقع الطلاق، وليس للزوج في حالة التفويض أن يعزل من فوضه بالطلاق، لأن التفويض بالطلاق تعليق للطلاق على مشيئة الغير والطلاق المعلق لا يجوز الرجوع فيه[5].

---

(١) المحلى (١٠/ ١٢٣).

(٢) المحلى (١٠/ ١٢٣).

(٣) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣١٥)، والعناية على الهداية (٣/ ٤١١).

(٤) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣١٧).

(٥) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣١٧)، والدر المختار على تنوير الأبصار للحصفكي (٣/ ٣١٧). وذهب المالكية الى ان الموكل إن وكل زوجته في طلاق نفسها لايملك عزلها إذا تعلق حقها بتلك الوكالة، فلو قال الزوج لزوجته: إن تزوجت عليك أخرى فأمرك بيدك لم يكن له حق عزل الوكيل، انظر الشرح الكبير للدردير (٢/ ٤٠٦).

٥- الأصل في الوكالة أنها لا تتقيد بالمجلس، فللوكيل أن يطلق في المجلس وبعده ما دام الموكل لم يقيده بزمن أو مكان، أما التفويض، فالأصل فيه أنه مقيد بالمجلس ما لم يدل اللفظ على التفويض في جميع الأوقات والأماكن، أو في وقت معين من الأوقات(١).

٦- التوكيل بالطلاق لا يعتبر تمليكاً للطلاق، أما التفويض فهو تمليك للمفوض إليه بالطلاق إلا أنه يخالف التمليك ملكية الأشياء والحقوق فيما يأتي:

أ- لا يملك المملك التصرف فيما ملكه للغير، لانتهاء حقه فيه، وفي التفويض يبقى حق الزوج في التطليق، فهو إشراك غيره فيما يملكه من الطلاق، بحيث يحق لكل منهما أن يستقل بالتطليق دون إذن آخر.

ب- التمليك لا يتم إلا بإيجاب وقبول من المملِّك والمملَّك، والتفويض يتم بعبارة الزوج وحده دون حاجة لموافقة الطرف الآخر(٢).

صيغ التفويض وشروطه:

للتفويض عند الحنفية صيغ ثابتة(٣):

أ- التخيير: كقوله: اختاري نفسك.

ب- الأمر باليد: يجعل أمره بيد الزوجة أو غيرها، كقوله: طلقي نفسك، أو لآخر: طلق زوجتي إن شئت، أما إن قال له: طلق زوجتي دون ذكر المشيئة، كان توكيلاً له لا تفويضاً(٤).

* وإذا قال لزوجته: طلقي نفسك وضرتك كان تفويضاً بالنسبة لها، وتوكيلاً بالنسبة لضرتها لعدم ذكر المشيئة في حق الضرة، ولا يشترط ذكر المشيئة، في تفويض الزوجة بتطليق نفسها لأن الشأن في الطلاق أن يلحق بها ضرراً فكأن قوله يحمل معنى تعليق الطلاق على رغبتها وهذا معنى المشيئة(٥).

* وإذا قال لأجنبي: وكلتك في طلاق زوجتي إن شئت كان تفويضاً له لا توكيلاً وإن كان بلفظ التوكيل، ومثله إن قال لزوجته: وكلتك في أن تطلقي نفسك(٦).

* والتفويض عندهم -أي الحنفية- يتقيد بالمجلس إن كان مطلقاً عن التوقيت والمفوض إليه حاضراً في المجلس، أما إذا لم يكن المفوض إليه حاضراً في المجلس فإنه يتقيد بمجلس العلم به، لا يبطل بقيام الزوج من المجلس(٧).

---

(١) شرح فتح القدير (٣/ ٤١٠-٤١٢)، حاشية ابن عابدين (٣/٣١٦). الهداية مع فتح القدير (٣/ ٤٢٩).
(٢) شرح فتح القدير (٣/ ٤١١)، وحاشية العناية على الهداية (٣/ ٤١١).
(٣) شرح فتح القدير (٣/ ٤١٠).
(٤) شرح فتح القدير (٣/ ٤٢٩)، والهداية مع فتح القدير (٣/ ٤٢٩).
(٥) شرح فتح القدير (٣/ ٤٢٨)، والهداية مع فتح القدير (٣/ ٤٢٨).
(٦) شرح فتح القدير (٣/ ٤٢٩).
(٧) بدائع الصنائع (٣/ ١١٣) و شرح فتح القدير (٣/ ٤١٢).

* وإذا ترك المفوض إليه المجلس فقد انتهى حقه في التفويض[1].

* وإذا كان التفويض مقيداً بزمن فإنه يستمر إلى نهايته، فإذا علمت الزوجة بعد انتهاء الوقت لم يكن لها حق التطليق[2].

* وإذا كان بصيغة تعم جميع الأوقات كان له التطليق في أي وقت شاء طلقة واحدة، فإن كانت الصيغة تدل على التكرار كقوله: طلقي نفسك كلما شئت كان لها أن توقع في كل مرة طلقة حتى تبين بالثلاث[3].

* وإن كان التفويض بطلاق رجعي لم يكن للمفوض إليه أن يوقع بائناً، فإن أوقعه بلفظ البينونة وقع رجعياً، وإن كان التفويض بطلاق بائن، كان للمفوض إليه أن يوقع طلاقاً رجعياً أو بائناً، وإن كان التفويض بالطلاق بالثلاث كقوله لزوجته طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت كان لها أن توقع طلقة واحدة رجعية أو بائنة، وإن كان التفويض بطلقة واحدة، فأوقعت ثلاثاً لم يقع به شيء عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد تقع به واحدة[4].

ثانياً مذهب المالكية:

فرق فقهاء المالكية بين التوكيل والتمليك والتخيير بالطلاق حيث قالوا: الفرق بين التوكيل وغيره: أن الوكيل يفعل على سبيل النيابة عن موكله، والمملَّك والمخيّر يفعلان عن نفسهما لمملكهما ما كان الزوج يملكه[5] فلا يملك الزوج الرجوع عن التخيير أو التمليك لأنه ملك الغير حق التطليق، وهو تمليك على وجه المشاركة بين الزوج ومن ملكه، وللزوج حق الرجوع في التوكيل بالطلاق، ما لم يوقع الوكيل الطلاق، ولم يكن الوكيل بالطلاق الزوجة، وتعلق بالتوكيل حق لها، ومثاله أن تحثه المرأة أن يتزوج عليها من أخرى فيجيبها بقوله: إن تزوجت أخرى فأمرك بيدك أو فأمر من تزوجتها بيدك ففي مثل هذه الأحوال لا يحق له عزل الزوجة قبل إيقاع الطلاق دفعاً للضرر عنها، لأن دفع الضرر عنها حق لها تعلق بالتوكيل فلا يملك انهاءه[6].

* والفرق بين التمليك والتخيير أن للزوج أن يناكر من ملَّكه من زوجة أو غيرها إذا طلق أكثر من واحدة وكان التمليك مطلقاً غير مقيد بعدد فيقول له الزوج: ما ملكتك إلا واحدة مثلاً، والقول قول الزوج في ذلك لأن الأصل بقاء العصمة ملكاً للزوج فلا يلزمه إلا ما اعترف به، ولأن صيغة التمليك لا

---

(١) بدائع الصانع (٣/ ١٤١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٤١٠).
(٢) بدائع الصنائع (٣/ ١٤١) وشرح فتح القدير (٣/ ٤١٠).
(٣) بدائع الصنائع (٣/ ١١٥-١١٧)، والهداية مع شرح فتح القدير (٣/ ٤٣٥)، وشرح فتح القدير (٣/ ٤٣٩).
(٤) الهداية مع فتح القدير (٣/ ٤٣١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٤٣٢).
(٥) الشرح الكبير (٢/ ٤٠٥-٤٠٦)، ومنح الجليل على مختصر خليل (٢/ ٢٨٤)، والتاج والكليل على مختصر خليل للمواق (٤/ ٩١).
(٦) الشرح الكبير (٢/ ٤٠٥-٤٠٦)، وجواهر الإكليل (١/ ٣٥٧).

تفيد صراحة بقاء الزوجة على العصمة أو عدم بقائها، فرجعنا إلى الزوج لمعرفة ما أراد به[1].

* أما في التخيير فليس للزوج أن يناكر الزوجة إن خيرها تخييراً مطلقاً، فطلقت نفسها بائناً لأن معنى التخيير اعطاؤها الحق في عدم البقاء على العصمة، بحيث لا يبقى له سبيل إلى إرجاعها، ولا يكون إلا بأن تطلق نفسها بائناً، ومعلوم أن هذا لا يكون إلا في المدخول بها لأن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة، فلا يرد احتمال مناكرة الزوج في هذه الحالة مع ثبوت التخيير[2].

* وإذا كان التخيير مقيداً بطلقة واحدة أو اثنتين كان للزوج الحق في مناكرة الزوجة إن طلقت أكثر من طلقة واحدة[3].

يدل لفظ التخيير على جعل الطلاق بيد الزوجة أو غيرها بحيث تملك بذلك الحق في عدم البقاء على العصمة إذا اعتبرنا المعنى الحرفي لا اللغوي، إذ صار لفظ التخيير صريحاً في الدلالة على ذلك عرفاً لا لغةً. وإذا اعتبرنا المعنى اللغوي فإن لفظ التخيير كناية في الطلاق. ولا يلزم به شيء إلا بنية الزوج لاحتماله التخيير في الطلاق وغيره، فإن أراد الطلاق احتمل إرادة الطلقة الواحدة وغيرها، وهذا ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة -الحنفية والشافعية والحنابلة- والصحيح اعتبار المعنى اللغوي لا العرفي لتغير العرف. والتمليك يكون بكل لفظ يدل على جعل الطلاق بيد الزوجة أو بيد غيرها دون تخيير فيه كقوله لها: أمرك بيدك أو طلاقك بيدك، أو طلقي نفسك، أو ملكتك طلاقك، أو ملكتك أمرك، أو وليتك أمرك[4]. والتخيير يكون بكل لفظ يدل على أن الزوج فوض لها البقاء على العصمة أو الذهاب عنها كقوله: اختاري نفسك، وطلقي نفسك ثلاثاً[5].

والتفويض بالطلاق -بالتمليك أو التخيير- يتقيدان بالمجلس عند الإطلاق، ويبطل بقيام من ملك الطلاق من المجلس أو إعراضه عنه أو رده له، إذا كان التفويض مقيداً بزمن ينتهي بانتهاء وقته ما لم يسقطه الحاكم قبل ذلك، وإن كان بلفظ يدل على التكرار كان لها التطليق في كل وقت ما لم يسقطه الحاكم، كما يبطل تفويض الزوجة بالطلاق بتمكينها الزوج من نفسها بالوطء أو مقدماته[6]. وإذا فوض الزوج الطلاق الى الزوجة وجب أن يحال بينهما حتى تجيب بما يدل على المفارقة أو البقاء لئلا يستمتع بها في نكاح مشكوك في بقاءه، فإن أبت أن تجيب أسقط الحاكم حقها في التطليق[7].

* وإذا كان التفويض لغير الزوجة عملاً بالقول الراجح في المذهب بجواز التفويض لغير الزوجة[8]

---

(١) المختصر مع جواهر الإكليل (١/٣٥٨-٣٥٩)، وجواهر الإكليل (١/٣٥٧)، الشرح الكبير (٢/٤٠٨-٤٠٩).
(٢) المراجع السابقة.
(٣) جواهر الإكليل (١/٣٥٩).
(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/٤٠٦-٤٠٧).
(٥) حاشية الدسوقي (٢/٤٠٦-٤٠٧).
(٦) الشرح الكبير (٢/٤١٢).
(٧) الشرح الكبير (٢/٤٠٦).
(٨) ذهب أصبغ إلى أنه لايجوز للزوج أن يفوض أمر طلاق امرأته لغيرها، فإن فعل رجع الأمر إلى الزوجة فإما أمضت أو ردت، انظر: مواهب الجليل (٤/٩٤).

وكان المفوض إليه حاضراً نظر فيه في مجلس عمله، ولا يفعل إلا ما فيه المصلحة تطليقاً أو رداً، إن كان غائباً غيبة قريبة انتظر قدومه ليفعل ما فيه المصلحة، وإن كان غائباً غيبة بعيدة كان للزوجة أن تنظر في أمر نفسها ولا تنتظر حضوره. إذ في انتظاره ضرر بها[١].

وإن كان التفويض لغير الزوجة وهو حاضر فغاب، ولم يشهد أنه باق على حقه في التطليق، سقط حقه فيه، وإن شهد أنه باق على حقه وكانت غيبته قريبة، رفع الزوج الأمر إلى الحاكم ليكتب إليه بإسقاط حقه أو إمضاء ما جعل إليه، وإن كان بعيد الغيبة سقط حقه وانتقل إلى الزوجة[٢].

والطلاق الواقع بالتمليك قد يكون رجعياً، وقد يكون بائناً وفق تفويض الزوجة به حسب الأحوال، والطلاق الواقع بالتخيير المطلق يقع بائناً لتملك أمر نفسها، وإن كان مقيداً وقع وفق التخيير الصادر من الزوج حسب الأحوال[٣].

ثالثاً: مذهب الشافعية:

ذهب الشافعي في الجديد إلى أن تفويض الطلاق إلى الزوجة أو غيرها تمليك لا توكيل[٤] وقال بعض الشافعية: تفويض الطلاق إلى غير الزوجة توكيل لا تمليك وإلى الزوجة تمليك[٥] وذهب الشافعي في القديم إلى أن التفويض بالطلاق توكيل سواء كان المفوض إليه بالطلاق الزوجة أم غيرها[٦]. والتفويض يكون باللفظ الصريح أو الكناية، فمن الأولى قوله طلقي نفسك إن شئت ومن الثانية أبيني نفسك، وأمرك بيدك، وبتي نفسك[٧] ويشترط لصحة التفويض:

١- أن يكون كل من الزوج والزوجة بالغاً عاقلاً[٨].

٢- وأن تطلق الزوجة فوراً إن كان التفويض مطلقاً غير مقيد بزمن، فإن أخرته بطل التفويض[٩]. لأن تطليقها يتضمن القبول فلو أخرته بقدر ما ينقطع القبول عن الإيجاب ثم طلقت لم يقع الطلاق وقال بعضهم[١٠]: لا يضر التأخير عن الإيجاب ما داما في المجلس. وقال ابن المنذر: لها أن تطلق متى

---

(١) الشرح الكبير (٢/ ٤١٤).

(٢) مواهب الجليل (٤/ ٩١-٩٨)، والتاج والاكليل (٤/ ٩٨)، وبداية المجتهد (٢/ ٥٨).

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٤١٣).

(٤) روضة الطالبين (٨/ ٤٦)، ومغنى المحتاج (٣/ ٢٨٦)، وحاشية قليوبي وعميرة: على المنهاج (٣/ ٣٢٩)، حاشية المحلى على منهاج الطالبين (٣/ ٣٢٩).

(٥) روضة الطالبين (٨/ ٤٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨٦)، حاشيتا قليوبي وعميرة على المنهاج (٣/ ٣٢٩)، وحاشية جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين (٣/ ٣٢٩).

(٦) المراجع السابقة.

(٧) روضة الطالبين (٨/ ٤٨)، ومغنى المحتاج (٣/ ٢٨٦).

(٨) مغني المحتاج (٣/ ٢٨٥)، وحاشية المحلى على منهاج الطالبين (٣/ ٣٢٩).

(٩) روضة الطالبين (٨/ ٤٦)، ومغنى المحتاج (٣/ ٢٨٥-٢٨٦)، وحاشية المحلى على منهاج الطالبين (٣/ ٣٢٩-٣٣٠).

(١٠) روضة الطالبين (٨/ ٤٦).

شاءت ولا تختص بالمجلس، وعلى الأول وهو الصحيح لو فصل بينهما بكلام يسير لا يضر.

* وإذا قلنا التفويض توكيل جاز تأخير التطليق عن الإيجاب، وإن كان التفويض مقيداً بزمن تقيد به، ويجوز للزوج أن يرجع فيه قبل أن تطلق نفسها[1].

٣- أن تكون الصيغة منجزة، فإذا قال لامرأته: إذا جاء رأس الشهر فطلقي نفسك كان لغواً ليس لها أن تطلق نفسها إذا جاء رأس الشهر، لأن التمليك لا يصح تعليقه، وعلى القول بأن التفويض توكيل جاز لها أن تطلق نفسها إذا جاء رأس الشهر[2]. وإذا فوضها بطلاق نفسها فقالت: إذا جاء أول الشهر فأنا طالق لم يصح لأنه لم يملكها التطليق، وإنما ملكها أن توقع الطلاق فوراً، فإن لم تفعل فوراً لم يقع الطلاق[3].

٤- ويشترط إن كان التفويض بلفظ من ألفاظ الكنايات أن ينوي الزوج به الطلاق فإن كان التفويض باللفظ الصريح، وكانت الإجابة بلفظ الكناية فيشترط لوقوع الطلاق أن تنوي الزوجة الطلاق مثل: طلقي نفسك فقالت: اخترت لم يقع إلا أن تنوي به الطلاق.

وإذا قال اختاري نفسك فقالت: اخترت نفسي وقع الطلاق لأنه مشعر بالفراق، ولو قالت اخترت لم يقع إلا بنيتها، وإذا تنازعا في النية فالقول قول الناوي سواء أثبتها أم نفاها، قال الإصطخري: إذا ادّعت أنها نوت وأنكر صدق، لأن الأصل بقاء النكاح، والصحيح الأول[4]، ويجوز أن يكون التمليك بعوض فلو قال لها: طلقي نفسك بألف أو على ألف إن شئت فطلقت وقع بائناً[5].

وإذا فوضها بطلاق مطلق عن العدد فلها أن توقع طلقة واحدة، وإذا فوضها بثلاث كان لها أن توقع واحداً أو اثنين أو ثلاثاً، وهكذا في الرجعي والبائن، فإذا فوضها بالطلاق البائن، كان لها أن توقع الرجعي وإذا فوضها بالرجعي فليس لها أن توقع طلاقاً بائناً[6].

* وإذا فوض الزوجة بالطلاق بلفظ أمرك بيدك أو طلاقك بيدك كان توكيلاً بالطلاق فيأخذ حكمه فلا يتقيد بالمجلس عند الشافعية إن كان مطلقاً وله أن يرجع فيه، لما روي عن علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر امرأته بيدها فقال: هو لها حتى تنكل، ولم يعرف له مخالف في الصحابة فكان إجماعاً[7].

---

(١) إن جعلناه توكيداً، وكذا إن جعلناه تمليكاً على الصحيح؛ روضة الطالبين (٨/ ٤٧)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨٦).

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٤٨).

(٣) ولو قال لها أو لأجنبي علقي طلاقك، أو علق طلاق امرأتي لم يصح، لأن تعليق الطلاق يجري مجرى الأيمان فلا يدخله النيابة، وقيل: يصح، وقيل: إن علق على صفة توجد لامحالة كطلوع الشمس صح لأن مثل هذا التعليق ليس بيمين. روضة الطالبين (٨/ ٤٨).

(٤) روضة الطالبين (٨/ ٤٦).

(٥) روضة الطالبين (٨/ ٤٦)، حاشية قليوبي (٣/ ٣٢٩)، وحاشية المحلي على منهاج الطالبين (٣/ ٣٢٩).

(٦) روضة الطالبين (٨/ ٥٠).

(٧) روضة الطالبين (٨/ ٤٦-٤٧).

وقال الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] هو تمليك فيتقيد بالمجلس ولا يصح له بالرجوع فيه لأنه ملكها ذلك فلا تملك الرجوع كما لو طلقت قبل رجوعه.

* وقوله أمرك بيدك من كنايات الطلاق، فيحتاج إلى النية، فإن طلقت نفسها وقع به طلقة واحدة رجعية عند الحنابلة والشافعية ويقع به طلقة بائنة عند الحنفية لأنه من كنايات الطلاق[4].

* وإذا جعل أمر امرأته بيدها بعوض فحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها، يبطل بالوطء لأنه توكيل والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه وكذلك التمليك بعوض لا يلزم ما لم يتصل به القبول كالبيع[5].

مذهب الحنابلة:

فرق الحنابلة بين تفويض الزوجة بالطلاق وتفويض الأجنبي بالطلاق، فإذا فوض غير الزوجة كان توكيلاً، وهو رأي للشافعية كما سبق، وعلى ذلك فلا يتقيد بالمجلس وله الرجوع فيه، ويشترط في المفوض إليه ما يشترط في الوكيل من البلوغ والعقل، ويصح توكيل المرأة والكافر والصبي الذي يعقل الطلاق في رأي، ولا يجوز توكيله في رأي آخر، وتوكيل الصبي مبني على الرأي في جواز طلاقه[6].

* وإذا فوض الزوجة بالطلاق فإن فوضها بلفظ الاختيار فقال لها: اختاري نفسك مطلقاً غير مقيد بوقت محدد فإنه يتقيد بالمجلس ويكون علي الفور ووافقهم على هذا الحنفية[7] والشافعية في الأرجح ومالك[8] في أرجح الروايتين عنه، وقال مالك في الرواية الثانية[9] والزهري وقتادة وأبو عبيدة وابن المنذر: هو على التراخي لا يتقيد بالمجلس[10] وللزوج أن يرجع فيه ما دام في المجلس، ويبطل بقيام الزوج أو الزوجة من المجلس، كما يبطل إذا فصل بين الإيجاب واختيارها الطلاق كلام أجنبي، لأنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الإمكان فلم يصح[11].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣١٦)، وبدائع الصنائع (٣/ ١١٣).
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٤١٢)، والشرح الكبير (٢/ ٤١٢).
(٣) المغني (٧/ ٣٤١).
(٤) روضة الطالبين (٨/ ٤٩)، والمغني (٧/ ٣٣٧).
(٥) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٢٣).
(٦) زاد المحتاج بشرح المنهاج للكوهجي (٣/ ٣٦٧)، وحاشية المحلى على منهاج الطالبين (٣/ ٣٣٠)، والمغني (٧/ ٣٤٧).
(٧) المغني (٧/ ٣٤٠).
(٨) بدائع الصنائع (٣/ ١١٣).
(٩) روضة الطالبين (٨/ ٤٦٩).
(١٠) الشرح الكبير للدردير (٢/ ٤١٢).
(١١) الشرح الكبير (٢/ ٤١٢).

* وقال الحنفية[1] والشافعية[2]: لا يبطل بقيام الزوج ويبطل بقيام الزوجة وليس له أن يرجع عنه لأنه ملكها إياه فلم يملك الرجوع فيما ملكها، كما لو طلقت نفسها قبل رجوعه، وإن كان مقيداً بوقت تقيد به[3].

* ويقع بلفظ التخيير المطلق طلقة واحدة رجعية عند الحنابلة، وإن اختارت نفسها لأن قوله اختاري، تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الإسم وذلك طلقة واحدة رجعية[4]، ويقع باختيارها نفسها طلاق بائن عند الحنفية لأنه من كنايات الطلاق ويقع بالكنايات طلاقاً بائناً عندهم[5] ويقع به ثلاث طلقات عند المالكية إذا كانت مدخولاً بها، لأن التخيير في العرف يقتضي أن تملك المرأة نفسها، والمدخول بها لا تملك نفسها إلا بالثلاث، وإن كانت غير مدخول بها وقع باختيارها طلقة واحدة لأنها تبين بها فتملك نفسها[6].

وتقع بلفظ التخيير المقيد بعدد ما قيد به أو ما هو دونه فإن قال لها: اختاري ما شئت أو اختاري الطلقات الثلاث ناوياً بذلك الطلاق فلها أن تختار الثلاث أو ما دونها من الاثنين أو الواحدة، وإن قال لها اختاري من الثلاث ما شئت فلها أن تختار واحدة أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكمالها[7].

وإذا خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار لم يقع بذلك شيء، وبهذا قال عامة أهل العلم[8]، وقال الحسن: تقع بذلك واحدة رجعية، روي ذلك عن علي رضي الله عنه، والصحيح ما ذهب إليه عامة أهل العلم كخبر عائشة رضي الله عنها عندما خيرهن النبي (ﷺ) فاخترن الله ورسوله فلم يعد اختيارهن لرسول الله (ﷺ) طلقة[9].

---

(١) المغني (٧/ ٣٤١).
(٢) المغني (٧/ ٣٧٢).
(٣) مجمع الانهر (٢/ ٤١١)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٤١٢).
(٤) المغني (٧/ ٣٤٣).
(٥) المغني (٧/ ٣٧٢).
(٦) حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٢٣).
(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٤٠٩-٤١٠).
(٨) المغني (٧/ ٣٤٤)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٤١٣).
(٩) المرجع السابق.

المبحث الخامس
في صيغة الطلاق

المطلب الأول

في دلالة الصيغة على الطلاق «الطلاق الصريح والكنائي»

ذهب عامة أهل العلم إلى أن الطلاق لا يقع بالنية من غير لفظ[١] لقوله (ﷺ): «إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم به أو تعمل» رواه النسائي والترمذي.

وإذا نواه بقلبه وأشار بأصابعه وهو قادر على النطق لم يقع أيضاً[٢]. وذهب الزهري وابن سيرين إلى أن الطلاق يقع إذا عزم عليه وإن لم يتلفظ به، قال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه: أليس قد علمه الله؟[٣]

وقد أخذ القانون برأي جمهور الفقهاء فلا يقع الطلاق بالنية ويقع باللفظ والكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة حيث نصت المادة [٨٦]: (يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة).

واللفظ المستعمل للدلالة على الطلاق قد يكون صريحاً وقد يكون كناية عند جمهور الفقهاء.

وذهب الشيعة الإمامية إلى أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ الوارد عن الشارع مثل أنت طالق فلو قال لها أنت الطلاق أو أنت خلية أو برية أو اعتدّي لا يقع بهذه الألفاظ الطلاق عندهم لأن الشارع لم يضعها للدلالة على معنى الطلاق.

وعلى ذلك فلا ينقسم الطلاق إلى صريح وكناية عندهم كما هو الأمر عند الجمهور[٤] وسأبين ما يكون به كل منها عند جمهور الفقهاء.

الطلاق الصريح:

هو اللفظ الذي وضع في اللغة للدلالة على الطلاق عند بعض الفقهاء، وقال بعضهم: يكون صريحاً أيضاً كل لفظ ورد استعماله في الطلاق شرعاً كلفظ الفراق والسراح[٥].

---

(١) المغني (٧/٣١٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨٠).
(٢) المرجع السابق.
(٣) المغني (٧/٣١٨).
(٤) فرق الزواج (ص٩٨، ١٠١)، والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية (٢/١٤٧).
(٥) شرح فتح القدير (٣/ ٣٥١)، والمغني (٧/٣١٨).

فالصريح عند الحنفية والمالكية وأحمد في رواية هو لفظ الطلاق وحده وما اشتق منه مما لا يستعمل عرفاً إلا في حل رابطة الزوجية، لأن الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالاً بعيداً[1].

والصريح عند الشافعية ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق وألفاظ الصريح عندهم ثلاثة: الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن. وهو رواية عن أحمد[2] وبه قال ابن حزم[3]. لأن الطلاق ثبت بعرف الشرع واللغة، والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع فإنه ورد بهما القران الكريم.

قال تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وقال سبحانه: ﴿ فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴾ [الأحزاب: ٢٨].

قال تعالى: ﴿ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ ﴾ [الطلاق: ٢].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور، لأن الصريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع، من قولهم صرّح بما في نفسه تصريحاً أي أظهره!

وقد وردت لفظتا الفراق والسراح في القرآن الكريم بمعان أخرى غير الفرقة بين الزوجين فلا معنى لتخصيص معناهما بفرقة الطلاق، من ذلك:

قوله تعالى: ﴿ وَٱعۡتَصِمُواْ بِحَبۡلِ ٱللَّهِ جَمِيعٗا وَلَا تَفَرَّقُواْۚ ﴾ [آل عمران: ١٠٣].

وقوله تعالى: ﴿ وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعۡدِ مَا جَآءَتۡهُمُ ٱلۡبَيِّنَةُ ﴾ [البينة: ٤].

على أن قوله تعالى: ﴿ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ ﴾ [الطلاق: ٢]، لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله تعالى أو﴿ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾.

ولا يصح قياس لفظ الفراق أو السراح على لفظ الطلاق فإنه مختص بذلك سابق إلى الأفهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسَّراح[4].

والطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية لإيقاع الطلاق به وعلى ذلك إذا قال لزوجته طلقتك أو أنت طالق أو مطلقة وقع الطلاق عند الجمهور المالكية والحنابلة والحنفية[5].

وإن قال لزوجته فارقتك أو سرحتك فلا يقع إلا بالنية عند الجمهور ويقع عند الشافعية من غير نية[6].

وإذا تلفظ باللفظ الصريح ثم ادعى أنه لم يرد به الطلاق لم يصدق، وإن قال أردت أن أقول طلبتك

---

(١) البحر الرائق (٣/ ٢٦٩)، والمغني (٧/ ٣١٩)، والهداية (٢/ ٢٣٠).
(٢) المغني (٧/ ٣١٨)، والمهذب (٢/ ٨١)، وروضة الطالبين (٨/ ٢٣).
(٣) فرق الزواج (ص١٠١)، والمحلى (١٠/ ١٨٦).
(٤) المغني (٧/ ٣١٩).
(٥) الهداية (٢/ ٢٣٠)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٥١)، وشرح العناية مع الفتح (٣/ ٣٥١).
(٦) المهذب (٢/ ٨١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٥٣).

فسبق لساني فقلت طلقتك فإنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء لأنه خلاف ظاهر اللفظ، وهو مذهب الشافعي وأحمد في رواية وقال أحمد في الرواية الثانية لا يقبل قوله قضاء إذا كانت قرينة تدل على إرادته الطلاق كالغضب أما إذا لم تكن قرينة فيقبل قوله قضاء[1].

وإن قال أردت بقولي لزوجتي أنت طالق من وثاق لم يصدق قضاء إلا أن يكون مكرهاً لأنه خلاف ظاهر اللفظ ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه[2] وإن قال لزوجته أنت مُطْلقة بتسكين الطاء لم يقع الطلاق إلا بالنية لأن هذا اللفظ غير مستعمل في الطلاق في عرف الشرع، وإنما يستعمل في الانطلاق من القيد الحسي والقيد الثابت بالنكاح قيد معنوي فيكون كناية يحتاج إلى نية[3].

وإن قال لزوجته يا مطلّقة بالتشديد أو يا طالق وقع في الصورتين لأنه وصفها به، ولو قال أردت بذلك أنها مطلقة من زوجها الأول وكانت قد تزوجت وطلقها صدق ديانة لا قضاء وإن لم يكن لها زوج قبله لم يصدق[4].

وإذا قال لزوجته أنت الطلاق فصريح عند أبي حنيفة ومالك وأحمد وبعض الشافعية يقع الطلاق به نواه أو لم ينوه.

وقال بعض الشافعية: هو كناية فلا يقع إلا بالنية لأنه مصدر والأعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازاً. وأجيب: بأنه وإن كان مختاراً إلا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ولا محمل له يظهر سوى هذا المحمل فتعين فيه[5].

وإذا قال لها أنا منك طالق ولم ينو به إيقاع الطلاق لم تطلق عند جمهور الفقهاء لأن اللفظ أضيف إلى غير محله. وإن نوى به إيقاع الطلاق فقال الشافعية والمالكية تطلق لأنه كناية وقال أبو حنيفة وأحمد لا تطلق لأنه أضافه إلى غير محله[6].

الطلاق بالعجمية:

إن كان اللفظ المستعمل في الطلاق اشتهر استعماله في الطلاق عندهم كشهرة استعمال لفظ الطلاق عند أهل العربية فهو صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة، وإن كان مما يستعمل في الطلاق وغيره كان من الكنايات فلا يقع إلا بالنية[7] وقال أبو حنيفة إن طلق غير العربي (بهشتم) أو بلفظ (بهشتم إن زن) بالفارسية فإنه لا يقع الطلاق إلا بالنية، لأن هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحاً في لغتهم ويحتمل أن يكون كناية فلا تثبت البينونة بالشك، وإن كانت لفظة (بهشتم) بمعنى خلية ولا

---

(١) المغني (٧/ ٣٢)، وروضة الطالبين (٨/ ٢٣، ٥٣).
(٢) شرح فتح القدير (٣/ ٣٥٣).
(٣) الهداية (٢/ ٢٣١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٥٣)، وروضة الطالبين (٨/ ٢٣).
(٤) شرح فتح القدير (٣/ ٣٥٣).
(٥) روضة الطالبين (٨/ ٢٣)، والمغني (٧/ ٣٢٠).
(٦) روضة الطالبين (٨/ ٦٧)، والمغني (٧/ ٣٣١).
(٧) روضة الطالبين (٨/ ٢٥)، والمغني (٧/ ٣٢١).

يحتمل أن تكون بمعنى الطلاق الصريح وقع بها طلاق بائن إن نوى إيقاع الطلاق بها.

وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى أن قوله: (بهشتم إن زن) من الألفاظ الصريحة في لغتهم فيقع بها الطلاق من غير نية[1].

والخلاف بين العلماء إنما هو في دلالة اللفظة العجمية على الطلاق بحيث لا تستعمل إلا فيه فإن كانت صريحة في الدلالة على الطلاق وقع الطلاق عند الجميع من غير خلاف.

قال صاحب البدائع: (والأصل الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق فذلك اللفظ الصريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة)[2].

ما يقع بالطلاق الصريح:

ويقع بصريح الطلاق على المدخول بها طلاق رجعي ما لم يكن بلفظ الثلاث أو مكملاً للثلاث أو مخالعة على مال. وإذا نوى باللفظ الصريح البينونة لم يصح لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة وهو الطلاق الرجعي فيرد عليه قصده[3]. وإن كانت غير مدخول بها فيقع به طلاقاً بائناً لأن غير المدخول بها لا يكون طلاقها رجعياً.

حكم ما لو نوى باللفظ الصريح أكثر من طلقة:

لا خلاف في أن الرجل إذا طلق زوجته ثلاثاً في أنه يقع عليه ثلاث طلقات وإن نوى واحدة -عند القائلين بوقوع الثلاث باللفظ الواحد- لأن اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح لأنها أضعف من اللفظ ووجه ذلك أننا نعمل باللفظ الصريح من غير نية ولا نعمل بالنية من غير اللفظ[4].

وإذا طلق واحدة فقال أنت طالق واحدةٌ برفع واحدة ونوى بها اثنتين أو ثلاثاً لم يقع إلا واحدة لأن لفظه لا يحتمل أكثر من واحدة عند الجمهور.

وقال بعض الشافعية يقع ما نوى لأنه يحتمل واحدة معها واحدة أو اثنتين كما لو طلق بلفظ من ألفاظ الكنايات، فهو مبني على ما إذا قال: أنت واحدة بحذف لفظة الطلاق ونوى الثلاث ففي ذلك وجهان عند الشافعية أصحهما: وقوع ما نواه والثاني: تقع واحدة فقط[5].

وإذا قال لزوجته أنت طالق ونوى ثلاثاً فذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية إلى أنه لا يقع به إلا واحدة لأن هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا بينونة فلم تقع به الثلاث، لأن قوله أنت طالق إخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر.

(١) بدائع الصنائع (٣/ ١٠٢)، والمغني (٧/ ٢٣٢١)، وروضة الطالبين (٨/ ٢٥).
(٢) بدائع الصنائع (٣/ ١٠٣).
(٣) الهداية (٢/ ٢٣٠).
(٤) المغني (٧/ ٤٢٠).
(٥) روضة الطالبين (٨/ ٧٦)، والمغني (٧/ ٤٢٠).

وقال الشافعية والمالكية وأحمد في الرواية الثانية يقع به ما نوى، لأنه لفظ لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثاً فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثاً كالكنايات، ولأنه نوى ما يحتمله اللفظ من العدد وبيانه أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثاً، ولأن قوله طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل، والمصدر يقع على القليل والكثير وفارق قوله أنت حائض لأن الحيض لا يمكن تعدده في حقها والطلاق ممكن تعدده[1].

وإذا قال لزوجته أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقاً فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة فواحدة لأن التعيين ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر، لأنه لو ذكر النعت وحده وهي قوله طالق يقع به الطلاق، أما وقوعه باللفظة الأولى وهي قوله أنت الطلاق فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل، فصار بمنزلة قوله أنت طالق فلو قال أنت الطلاق يقع به الطلاق ولا يحتاج إلى نية ويكون رجعياً وهذا ما ذهب إليه الحنفية[2].

وقال بعض الشافعية الطلاق بلفظ المصدر صريح لا يحتاج إلى نية لأن لفظ الطلاق يستعمل في معنى طالق وقال البعض الآخر هو كناية لا يقع إلا بالنية لأنه يحتمل أنه أقام المصدر مقام اسم الفاعل فكان المعنى أنت طالق ويحتمل غير ذلك والمصدر لا يقتضي وقوع الطلاق[3].

وقال الحنابلة والمالكية هو صريح ونقل عن الإمام أحمد أنه يحتمل وقوع الثلاث بقوله أنت الطلاق عند الإطلاق وعدم نية عدد معين وفي المذهب قول بوقوع واحدة عند الإطلاق[4] وإن نوى ثلاثاً فثلاث لأنه صرح بالمصدر، والمصدر يقع على القليل والكثير.

وإذا نوى بلفظ المصدر أنت الطلاق وقوع طلقتين لم يصح عند الحنفية لأن المصدر اسم جنس يحتمل أن يراد به أدنى جنس الطلاق وهو طلقة ويحتمل أن يراد به الكل ولا يحتمل إرادة العدد فلو كانت المطلقة أمة ونوى به اثنتان صحت النية لأنه أراد به كل الطلاق لأن الرجل يملك على الأمة طلقتان.

وقال الشافعية وزفر: إن نوى بالمصدر اثنتان وقع به طلقتان، وذلك لأن المصدر يحتمل القليل والكثير فلما صحت نية الثلاث بالمصدر صحت فيه بعضها ضرورة والثنتين بعض الثلاث[5].

وإذا قال أنت طالق الطلاق ونوى طلقتين صدق عند الحنفية إن أراد بقوله أنت طالق واحدة وبقوله الطلاق أخرى، لأن كل واحدة منهما صالحة للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطلاق فتقع طلقتان رجعيتان إذا كان مدخولاً بها[6].

---

(١) المغني (٧/ ٤٢١)، وروضة الطالبين (٨/ ٧٥)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٥٤-٣٥٥).
(٢) الهداية (٢/ ٢٣١)، والمغني (٧/ ٣٢٠).
(٣) المهذب (٢/ ٨٢)، والمغني (٧/ ٣٢٠).
(٤) المغني (٧/ ٤٢١، ٧/ ٣٢٠).
(٥) الهداية (٢/ ٢٣١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٥٧)، وروضة الطالبين (٨/ ٧٥).
(٦) الهداية (٢/ ٢٣١).

الطلاق الكنائي:

هو اللفظ الذي يستعمل في الطلاق وغيره مثل لفظ اعتدى، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة، واذهبي والحقي بأهلك، وبائن، وبتة، وبتلة، وابتغي الأزواج، وتقنعي، وحرام وغيرها من الألفاظ التي تستعمل في الطلاق ولم توضع له أصلاً في اللغة عند بعض الفقهاء أو في اللغة والشرع عند الشافعية كما سبق بيانه.

والطلاق الكنائي لا يقع إلا بالنية عند القائلين بوقوع الطلاق بالكنايات. واختلفوا في وقوعه بدلالة الحال فاذا قال لها ابتغي الأزواج في حالة غضبه فهل يكون طلاقاً ؟.

ذهب الشافعية والمالكية إلى أنه لا يقع الطلاق بدلالة الحال[1]، لأن المطلق مختار في إرادة غير الطلاق بألفاظ الكناية وقيام القرينة لا ينفي اختياره.

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يقع الطلاق بألفاظ الكناية بدلالة الحال كما يقع بالنية[2]. وقد نص القانون في المادة [٩٥] على أن: (الطلاق يقع بالألفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحمل معنى الطلاق وغيره بالنية).

صفة الطلاق الذي يقع بالكنايات:

ذهب الحنفية الى أن ألفاظ الكنايات ضربان: ضرب يقع به طلقة رجعية واحدة وذلك في ثلاثة ألفاظ متفق عليها عندهم هي: (اعتدّي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة) وزاد بعضهم بعض الألفاظ مثل: أنا بريء من طلاقك إذا نوى به الطلاق، وبرئت من طلاقك أيضاً إذا نوى به الطلاق ورجح ابن الهمام أن تقع بهذه اللفظة طلاقاً بائناً لأن حقيقة براءته من الطلاق تستلزم عجزه عن إيقاع الطلاق ولا يكون إلا بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الإيقاع أصلاً وبذلك صار كناية فإذا أراد الأول وقع وصرف إلى إحدى البينونتين وهي التي دون الثلاث. وقوله: الطلاق عليك، ووهبتك طلاقك، وأقرضك طلاقك، وخذي طلاقك وشاء الله طلاقك إذا نوى به الطلاق يقع رجعياً[3].

وسائر ألفاظ الكنايات يقع بها طلقة بائنة عند الإطلاق. وإذا نوى بها ثلاثاً كانت ثلاثاً وإن نوى بها طلقتين كانت واحدة بائنة لأن ألفاظ الكناية تقتضي البينونة دون العدد، والبينونة بينونتان: صغرى، وكبرى، فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجبها العدد وهي لا تقتضيه[4].

وذهب المالكية[5] إلى أن كنايات الطلاق تنقسم إلى قسمين:

كنايات ظاهرة مثل: بتة، وخلية، وأنت بائن، وحبلك على غاربك، وخليت سبيلك، وهذه يقع

---

(١) تكلمة المجموع للمطيعي (١٧/ ١٠٤).

(٢) المغني (٧/ ٣٣٣)، والهداية (٢/ ٢٤١).

(٣) شرح فتح القدير ٣/ ٤٠٠.

(٤) شرح فتح القدير (٣/ ٣٩٩)، والهداية (٢/ ٢٣١)، والمغني (٧/ ٣٢٥).

(٥) جواهر الاكليل (١/ ٣٤٥)، والمغني (٧/ ٣٢٥).

بها الثلاث وإن نوى بها واحدة إلا أن تكون غير مدخول بها فإنها تطلق واحدة بالألفاظ السابقة ما عدا لفظ بتة حيث يقع بها ثلاثاً على المدخول بها وغير المدخول بها لأنها ألفاظ تقتضي البينونة والبينونة في الخلع قبل الدخول تحصل بطلقة واحدة فلم يزد عليها لأن اللفظ لا يقتضي زيادة عليها وفي غيرها يقع ثلاثاً ضرورة أن البينونة لا تحصل إلا بها، ووجه أنها ثلاث قول أصحاب رسول الله (ﷺ) فقد روي عن علي وابن عمر وزيد بن ثابت، وروى النجاد بإسناده أن عمر رضي الله عنه جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات كما روى النجاد بإسناده عن نافع أن رجلاً جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال إن ظئري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة ؟ فقالا : لا، ولكننا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم ثم ارجع إلينا فأخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتهما. ولأن البتة بمعنى القطع فكأنه قطع النكاح كله ولذا يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة إن رفاعة طلقني فبت طلاق، والبتلة من القطع أيضاً ولذا قيل في مريم: البتول لانقطاعها عن النكاح وفي معناهما الخلية والبرية والبائن إذ معناها الخلو من النكاح والبراءة والبينونة ولا سبيل الى ذلك إلا بالثلاث[1].

والقسم الثاني هو الكنايات الخفية مثل: اذهبي، انصرفي، ادخلي الدار، وفارقتك ويقع بهذه الألفاظ إن نوى الطلاق طلقة واحدة بائنة عند الإطلاق لعدم إرادته عدداً معيناً. بالنسبة لغير المدخول بها، أما بالنسبة للمدخول بها فيقع رجعية، وقال إصبغ يقع بها ثلاثاً عند عدم إرادته لعدد معين دخل بها أم لا. وإن نوى بهذه الألفاظ وقوع واحدة أو اثنتين أو ثلاث كانت كما نوى. وإن قال الزوج لزوجته لا نكاح بيني وبينك أو لا ملك لي عليك أو لا سبيل عليك فلا شيء عليه إن قاله عتاباً أو توبيخاً ولم ينو به الطلاق، وإن نوى به الطلاق وقع طلاقاً باتاً في المدخول بها[2].

وذهب الشافعية[3] إلى أن من ألفاظ الكناية قوله أنت خلية، أنت برية، أنت بتة، بتلة، اعتدي، استبرئي رحمك، الحقي بأهلك، حبلك على غاربك، لا أنده سربك، أي: لا أهتم بشأنك، وتقنعي، واستتري فإن نوى الطلاق بهذه الألفاظ وقع به طلقة رجعية في المدخول بها ما لم تكن مكملة للثلاث وبائنة في غير المدخول بها.

وإذا قال لزوجته أنت علي كظهر أمي ونوى به الطلاق لم يقع ما نواه وإنما يقع مقتضى اللفظ وهو الظهار وذلك عملاً بقاعدة عندهم هي: ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية في غيره[4].

(١) المغني (٧/ ٣٢٥).

(٢) جواهر الاكليل (٣/ ٢٨٢).

(٣) مغني المحتاج (١/ ٣٤٦).

(٤) استثنوا من هذه القاعدة مسائل منها: ما لو قال المستحق عليه للمستحق أردت بقولي أحللتك: الوكالة وقال المستحق: بل أردت الحوالة صدق المستحق عليه بيمينه ومنها مالو قال تصدقت فإنه صريح في بابه كناية في الوقف، ومنها ما لو قال لزوجته فسخت نكاحك وهو متمكن من الفسخ بعيبها ونوى الطلاق فهو طلاق مع أن الفسخ صريح في =

وشرط صحة النية أن تكون مقترنة بكل اللفظ فلو قارنت أوله وغربت آخره لم يقع طلاق وقيل: يكفي اقترانها بأوّل اللفظ وينسحب ما بعده عليه[1].

ويقع بألفاظ الكناية طلقة واحدة عند الإطلاق كما سبق وإن نوى باللفظ وقوع أكثر من طلقة وقع به ما نوى فإن نوى واحدة وقع به واحدة وإن نوى اثنتين فاثنتين وإن نوى ثلاثاً فثلاث[2]، وقال بعض الشافعية لا يقع إلا واحدة[3].

وحجة الشافعية: ما روى أبو داود بإسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته البتة فأخبر النبي (ﷺ) بذلك وقال: والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله (ﷺ) والله ما أردت إلا واحدة؟. فقال ركانه: والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله (ﷺ) فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان. ولأن النبي (ﷺ) قال لابنة الجون الحقي بأهلك ولم يكن النبي (ﷺ) ليطلق ثلاثاً وقد نهى عن ذلك لأن الكناية مع النية كالصريح فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة[4].

وذهب الحنابلة إلى تقسيم الكنايات إلى ثلاثة أقسام[5] هي:

أولاً: كنايات ظاهرة: وهي ألفاظ خلية، وبرية، وبائن، وبتة، وبتلة، وأمرك بيدك وهذه يقع بها الطلاق الثلاث عند الإطلاق في ظاهر المذهب سواء دخل بها أم لا إذا نوى بها الطلاق وقد روى هذا عن علي وابن عمر وزيد ولم يخالفهم في عصرهم أحد فكان إجماعاً، ولأنه لفظ يقتضي البينونة بالطلاق فوقع ثلاثاً، كما لو طلق ثلاثاً.

ويقع بها طلقة واحدة بائنة في الرواية الثانية عند الإطلاق، وإن نوى عدداً وقع ما نواه واختارها أبو الخطاب ووجه هذه الرواية أن اللفظ يقتضي البينونة ولا يقتضي عدداً، ولحديث ركانة الذي سبق ذكره[6].

ثانياً: الكنايات الخفية: مثل: اخرجي، واذهبي، وذوقي، واختاري، وتجرعي، وأنت مخلاة، ووهبتك لأهلك.

فهذه الكنايات يقع بها ما نواه، لأنه محتمل له، وإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة رجعية بالنسبة للمدخول بها لأنه اليقين[7].

= رفع نكاح المعيبة بحيث تبين منه من غير طلاق ومنها لو أسلم على أكثر من أربع نسوة فقال لإحداهن فارقتك فإنه فسخ وإن كان لفظه صريحاً في الطلاق، انظر: مغني المحتاج (٣/ ٢٨٢).

(١) مغني المحتاج (٣/ ٢٨٤).

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٧٥-٧٦)، والمغني (٧/ ٣٢٤).

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٦٨).

(٤) المغني (٧/ ٣٢٤).

(٥) الكافي (٣/ ١٧٣)، والمغني (٧/ ٣٢٦).

(٦) الكافي (٣/ ١٧٣)، والمغني (٧/ ٣٢٤، ٣٢٦).

(٧) الكافي (٣/ ١٧٢)، والمغني (٧/ ٣٢٨).

ثالثاً: الكنايات المختلف فيها: مثل الحقي بأهلك، وحبلك على غاربك، وتزوجي من شئت، واعتدي، وغطي شعرك، وأنت حرة، ولا سبيل لي عليك، وأنت عليّ حرج، واستبرئي رحمك ففي صفة الطلاق بها روايتان: أحدهما هي كالكنايات الظاهرة لأنها في معنى الظاهرة فتأخذ حكمها السابق، والرواية الثانية: تأخذ بحكم الكنايات الخفية لأن النبي (ﷺ) لما دخلت عليه ابنة الجون قالت: أعوذ بالله منك، فقال (ﷺ): «لقد عُذْتِ بعظيم، الحقي بأهلك». ولم يكن النبي (ﷺ) ليطلق ثلاثاً وقد نهى أمته عنه، وقد روى أبو هريرة أن النبي (ﷺ) قال لسودة بنت زمعة: «اعتدي، فجعلها طلقة» متفق عليه[١].

ولا يشترط عند الحنابلة اقتران النية باللفظ من أوله إلى آخره ويكفي عندهم اقتران النية بأول اللفظ وإن غربت عنه في سائره، لأن ما تعتبر له النية يكتفي فيه بوجودها في أوله كالصلاة، فإن تلفظ بالكناية لم يكن ناوياً بها الطلاق ثم نوى بعد ذلك لم يقع الطلاق[٢].

وقد نص القانون في المادة [٩٤] على أن: (كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال والطلاق الذي نص على أنه بائن في هذا القانون) وعليه فيقع بألفاظ الكنايات طلاقاً رجعياً إذا اقترن بالنية ما لم يكن قبل الدخول أو مكملاً للثلاث.

الطلاق بلفظ أنت عليّ حرام:

إذا قال الزوج لزوجته أنت علي حرام وأطلق أي لم ينو به طلاقاً فقد ذهب الشافعي[٣] إلى أنه لا شيء عليه، وفي قول له: عليه كفارة يمين وليس بيمين، وجهه أن هذا اللفظ ليس من الألفاظ الصريحة في الطلاق، والأصح في المذهب أنه من كنايات الطلاق والكناية لا تقع إلا بالنية فلم يقع به شي، ومقابل الأصح يرى أنه إن اشتهر عرفاً في الطلاق كان صريحاً فيه.

ووجه القول بأن عليه كفارة يمين وليس بيمن أن النبي (ﷺ) لما قال لمارية القبطية: «هي عليّ حرام» نزل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ﴾ [التحريم: ١] إلى قوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْۚ﴾ [التحريم: ٢] أي أوجب عليكم كفارة ككفارة أيمانكم، وأما كونها ليست بيمين لأن اليمين إنما تنعقد باسم من أسمائه تعالى أو صفة من صفاته وليست هنا كذلك[٤]، وقال أبو حنيفة وأحمد في رواية[٥] هو يمين، وقد روى هذا عن أبي بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير، لما سبق ذكره في سبب نزول الآية: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْۚ﴾ [التحريم: ٢] وعليه كفارة يمين.

---

(١) الكافي (٣/ ١٧٣)، والمغني (٧/ ٣٢٧).
(٢) المغني (٧/ ٣٣٤).
(٣) المغني (٧/ ٣٤٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨٣).
(٤) مغني المحتاج (٣/ ٢٨٣).
(٥) المغني (٧/ ٣٤٨).

وذهب أحمد في أرجح الروايتين عنه[1] إلى أنه يكون مظاهراً من زوجته بذلك لأنه تحريم للزوجة بغير طلاق فكان ظهاراً كما لو قال لها أنت علي كظهر أمي، وروى هذا عن عثمان بن عفان وأبي عباس وأبي قلابة وسعيد بن جبير وميمون بن مهران وعثمان البتّي.

وإذا نوى بلفظ «أنت علي حرام» الطلاق فقد ذهب الشافعية إلى أنه يقع به الطلاق، وإن نوى به الظهار كان ظهاراً وإن نواهما معاً تخير وثبت ما اختاره ولا يثبتان معاً لأن الطلاق يزيل النكاح والظهار يستدعي بقاءه، وقال بعض الشافعية: إن نواهما معاً كان الواقع طلاقاً لأنه أقوى لإزالته الملك، وقال بعض الشافعية: إن نواهما معاً كان ظهاراً لأن الأصل بقاء النكاح[2].

وقال الحنفية: إن نوى به الطلاق كان طلاقاً وحكمه حكم الطلاق بالكنايات عندهم إن نوى به ثلاثاً فثلاث وإلا فواحدة بائن وإن نوى به طلقتين وقعت طلقة واحدة بائنة[3].

وذهب الشافعية إلى أنه يقع به ما نوى من الطلاق[4].

وذهب المالكية إلى أنه يقع به الطلاق الثلاث إذا كانت غير مدخول بها[5].

وعن أحمد في المسألة روايتان: الأولى أنه طلاق وهي الرواية المشهورة والثانية: هي ظهار لأنه لا يصلح كناية في الطلاق فلا يصير طلاقاً لقوله أعني به الطلاق[6].

وقد نص القانون في المادة [٩٥] على أن: ما اشتهر استعماله فيه عرفاً كان كالطلاق الصريح ولفظ: «علي الحرام» من الألفاظ التي اشتهر استعمالها عرفاً في الطلاق، ونصت المادة [٩٢] أن لفظ: «علي الطلاق» و«علي الحرام» وأمثالهما لا يقع الطلاق بها ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو إضافته إليها.

الطلاق بالإشارة:

إذا كان الشخص قادراً على النطق بالطلاق فلا يقع طلاقه بالإشارة عند جمهور العلماء[7].

وقال المالكية[8]: يقع الطلاق بالإشارة المفهمة من القادر على النطق على المعتمد. وإن كان عاجزاً عن النطق كالأخرس وقع طلاقه بالإشارة المفهمة وإرادة الطلاق عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[9] لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة فقامت إشارته مقام كلامه، وإشارة الأخرس عند

---

(١) الكافي (٣/ ٢٨٣).
(٢) مغني المحتاج (٣/ ٢٨٣).
(٣) المغني (٧/ ٣٤٩)، والهداية (٢/ ١٨).
(٤) مغني المحتاج (٣/ ٢٨٢).
(٥) جواهر الإكليل (١/ ٣٤٧)، والمغني (٧/ ٣٤٩).
(٦) الكافي (٣/ ١٧٤).
(٧) المغني (٧/ ٤٢٣)، والمهذب (٢/ ٨٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨٤).
(٨) جواهر الإكليل (١/ ٣٤٨)، والمغني (٧/ ٤٢٣).
(٩) المغني (٧/ ٤٢٣)، الهداية (٢/ ٢٣٠)، وجواهر الإكليل (١/ ٣٤٨)، والمهذب (٢/ ٨٣).

جمهور العلماء من قبيل الكناية[1] لأ تقع إلا بالنية التي تعرف بإشارة أخرى.

وقال الشافعية[2]: إذا فهم كل واحد من الناس أنه يريد بإشارته هذه الطلاق كانت صريحة فيه، وإذا لم يفهمها كل واحد وفهمها البعض فتعتبر من قبيل الكناية ولا يقع الطلاق إلا بالنية.

وقال المالكية[3]: إذا كانت الإشارة مفهمة بإرادة الطلاق كانت كالصريح في عدم الإفتقار الى النية.

ويقع الطلاق بإشارة الأخرس وإن كان قادراً على الكتابة عند الشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة الإمامية والزيدية وبعض الشافعية والحنفية[4]، وقال بعض الشافعية والحنفية[5] لا يقع الطلاق بإشارته إلا عند عجزه عن الكتابة لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة. وإذا طلق الأخرس بالكتابة فطلاقه جائز[6].

واذا طلق القادر على النطق بقوله أنت طالق وأشار بأصابعه ثلاثاً طلقت واحدة، وإن قال لها أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه ثلاثاً وقع ثلاثاً وذلك لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع في العدد، وذلك يصلح بياناً كما قال النبي (ﷺ): «الشهر هكذا أو هكذا» وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعاً وعشرين[7].

وقد نصت المادة [٨٦] على أن الطلاق يقع بالإشارة المعلومة من العاجز عن التلفظ بالطلاق أو كتابته.

الطلاق بالكتابة:

الكتابة إما أن تكون مستبينة أو غير مستبينة: فغير المستبينة وهي التي لا بقاء لها بعد انتهاء الكتابة وتتعذر قراءتها بعد انتهاء كتابتها كالكتابة في الهواء وعلى الماء والوسادة بأصبع اليد. فهذه لا يقع بها الطلاق عند جمهور الفقهاء[8] لأن الكتابة التي لا تبين كالهمس بالفم بما لا يتبين، فلا تقع كما أن الطلاق بالهمس الذي لا تتبين به الحروف لا يقع.

وقال أبو حفص العكبري والشعبي فيما رواه عنه الأثرم[9]: يقع بها الطلاق، لأنه كتب حروف الطلاق فأشبه ما لو كتبه بشيء يستبين.

---

(١) المغني (٧/ ٤٢٣).
(٢) مغني المحتاج (٣/ ٢٨٤).
(٣) جواهر الإكليل (١/ ٣٤٨).
(٤) المغني (٧/ ٤٢٣)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٨).
(٥) شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٨).
(٦) شرح فتح القدير (٣/ ٣٤٨).
(٧) المغني (٧/ ٤٢٣).
(٨) شرح فتح القدير (٣/ ٤٠٣)، والمغني (٧/ ٤٢٤).
(٩) المغني (٧/ ٤٢٤).

وأما المستبينة: وهي ما لها بقاء بعد الانتهاء منها ويمكن قراءتها كالكتابة على الورق والحجر وما أشبه ذلك فإن نوى بها وقوع الطلاق وقع. وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء منهم المالكية والحنابلة وهو المنصوص عن الشافعي والصحيح في المذهب(١).

وذلك: لأن الكتابة حروف منها الطلاق فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ(٢).

ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي (ﷺ) كان مأموراً تبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول وفي حق الآخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الحقوق والديون(٣).

وقال الحنفية(٤): إن كانت الكتابة المستبينة مرسومة وقع الطلاق من غير حاجة إلى نية إذا كانت عبارتها بألفاظ الطلاق الصريحة ولا يقبل ادعاؤه عدم إرادة الطلاق، وإن كانت غير مرسومة لم تقع إلا بالنية لأنه قد يريد تحسين الخط أو تجريب القلم.

والمرسومة: ما كانت على وجه الرسالة والخطاب بأن كانت بعنوان زوجته وموجهة إليها كأن يقول في رسالة موجهة إلى زوجته يا فلانة أنت طالق. وغير المرسومة التي لم توجه إلى الزوجة وإن كانت مخاطبة كقوله زوجتي طالق ولم يرسل الرسالة إليها.

ويقع الطلاق بالكتابة عن الحاضر والغائب عند القائلين بوقوع الطلاق بها(٥). وللشافعية رأيان(٦): أحدهما يقع من الجميع، والثاني يقع من الغائب ولا يقع من الحاضر.

وذهب الشيعة الإمامية وابن حزم والشافعي في قول(٧): إلى أنه لا يقع الطلاق بالكتابة مطلقاً سواء في ذلك الكتابة المستبينة، وغير المستبينة مع القدرة على النطق، لأن الله سبحانه جعل الكناية باللفظ لا بالكتابة. ويستوي في عدم وقوع الطلاق بالكتابة عند جمهور الشيعة الحاضر والغائب، وقال بعضهم: يقع من الغائب مع القدرة على النطق للحاجة إلى ذلك، ولذا لا بد من حضور شاهدين يشهدانها حين الكتابة، ولا بد من إرادة الطلاق بذلك(٨).

ووجه القول بعدم وقوع الطلاق بالكتابة مع القدرة على النطق: أنه فعل من قادر على القول فلم يقع

---

(١) المهذب (٢/ ٨٣)، وجواهر الاكليل (١/ ٣٤٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨٤)، والمغني (٧/ ٤٢٤).
(٢) المهذب (٢/ ٨٣)، والمغني (٧/ ٤٢٣).
(٣) المغني (٧/ ٤٢٣).
(٤) شرح القدير (٣/ ٤٠٣).
(٥) المغني (٧/ ٤٢٣).
(٦) المهذب (٢/ ٨٣).
(٧) مغني المحتاج (٣/ ٢٨٤)، والمهذب (٢/ ٨٣)، والمحلى (١/ ١٩٦-١٩٧)، والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (٦/ ١٤)، وفرق الزواج (ص١٠٦).
(٨) فرق الزواج (ص١٠٦).

به الطلاق كالإشارة من الناطق[١]. وإن لم ينو بالكتابة الطلاق لم يقع عند جمهور العلماء وإلى هذا ذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد في رواية[٢].

وإذا ادّعاه صدق في دعواه[٣].

وذهب الشافعي والنخعي والزهري وأحمد في رواية ثانية[٤] إلى وقوع الطلاق بها لأنها كاللفظ الصريح لا تحتاج الى نية[٥].

وقال المالكية[٦]: إن كتب الكتاب غير عازم على الطلاق لا يقع إلا بالنية أما إن كتبه وهو عازم عليه وقع بمجرد كتابته ولو لم يصل إليها الكتاب ولا يؤثر تردده في الطلاق بعد كتابته ولا يبطله رجوعه عنه[٧].

وقد نصت المادة [٨٦] من القانون على أن: الطلاق يقع بالكتابة.

إضافة الطلاق إلى الزوجة:

يشترط لوقوع الطلاق أن يكون مضافاً إلى الزوجة إضافة لفظية كقوله زوجتي طالق أو إشارة كقوله وهو يشير إلى زوجته هذه طالق أو إضافة خطاب كقوله لزوجته وهو يخاطبها أنت طالق فإذا لم يكن الطلاق وما في معناه من الألفاظ مضافاً إلى الزوجة لم يقع.

وإذا قال لزوجته رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو وجهك طالق وقع الطلاق لأنه إضافه إلى ما يعبر به عن الجملة. وإذا أضاف الطلاق إلى جزء شائع منها طلقت، كقوله: نصفك طالق أو بعضك طالق[٨].

وإذا أضافه إلى عضو معين منها كقوله يدك طالق، وقع الطلاق عند الشافعي وزفر وذلك لأنه جزء مستمتع به بعقد النكاح، وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح فيكون محلاً للطلاق فيثبت الحكم فيه للإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء والأمر في الطلاق على العكس[٩].

وقال الحنفية لا يقع الطلاق بإضافته إلى عضو معين لأن الطلاق ينبيء عن رفع القيد ولا قيد في اليد

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٢٨٤)، والمغني (٧/ ٤٢٣).
(٢) المغني (٧/ ٤٢٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٨٤)، والمهذب (٢/ ٨٣).
(٣) المغني (٧/ ٤٢٣)، والمهذب (٢/ ٨٣).
(٤) المغني (٧/ ٤٢٣).
(٥) المغني (٧/ ٤٢٣).
(٦) جواهر الاكليل (١/ ٣٤٨).
(٧) المرجع السابق.
(٨) روضة الطالبين (٨/ ٦٣)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٥٩)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٩١)، والهداية (٢/ ٢٣٢).
(٩) المهذب (٢/ ٨٠)، وروضة الطالبين (٨/ ٦٥)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٦٠).

ولذا لا تصح إضافة النكاح إلى العضو المعين بخلاف الجزء الشائع لأنه محل النكاح حتى تصح إضافة النكاح إليه، فيكون محلاً للطلاق[1].

وإذا أضاف الطلاق إلى جزء يفصل في الحياة كالشعر والظفر وقع به الطلاق عند الشافعية ولم يقع عند الحنفية وحكى الحناطي من الشافعية قولاً ضعيفاً في الشَّعْر أنه لا يقع الطلاق[2] وإن أضاف الطلاق إلى الريق والعرق لم تطلق في الصحيح عند الشافعية[3].

وقد أخذ القانون باشتراط إضافة الطلاق إلى الزوجة كما نصت على ذلك المادة [٩٢]، ويعمل بالراجح من مذهب أبي حنيفة فيما يتعلق به من أحكام عملاً بالمادة [١٨٣].

المطلب الثاني

في صيغة الطلاق من حيث دلالتها على تنجيز الطلاق أو إضافته أو تعليقه

لا تخلو صيغة الطلاق من أن تكون على حال من الأحوال التالية:

١- أن تكون منجزة.

٢- أن تكون مضافة إلى زمن في المستقبل أو زمن ماض.

٣- أن تكون معلقة على شرط محتمل الوجود بأداة من أدوات الشرط.

٤- أن تكون في صورة اليمين.

أولاً: الطلاق المنجز:

تنجيز الطلاق يعني تحقيقه في الحال، فيقع بمجرد التلفظ به، وهذا هو الأصل في الطلاق لأنه شرع للحاجة، والحاجة تقتضي التنجيز، ولذا أجمع الفقهاء على أن الطلاق المنجز يقع[4]. وتترتب عليه آثاره بمجرد صدوره من الزوج متى كان مستوفياً للشرائط التي سبق بيانها ومنها أن تكون المرأة محلاً للطلاق حين وقوعه فإذا قال للأجنبية أنت طالق كان لغواً، وأن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق حين صدوره منه. والطلاق المعلق على أمر متحقق الوجود يكون منجزاً ويقع فور صدوره، ومنه قوله لزوجته إن كانت السماء فوقنا فأنت طالق.

---

(١) شرح فتح القدير (٣/ ٣٥٩)، والهداية (٢/ ٢٣٢).

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٦٤).

(٣) روضة الطالبين (٨/ ٦٤)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٩١).

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٢٩٢).

ثانياً: الطلاق المضاف:

إذا أضيف الطلاق إلى مكان فإنه يقع فوراً ويعتبر طلاقاً منجزاً إذا توافرت الشروط، وهي أن يكون الزوج أهلاً للطلاق حين صدوره، وأن تكون الزوجة محلاً له، وذلك كأن يقول أنت طالق بمكة أو في مكة أو في الدار لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وإن قال أنت طالق إذا دخلت مكة فهذا طلاق مضاف إلى زمن دخول مكة، وسيأتي بيان حكمه في الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل[1].

أما إذا أضيف الطلاق إلى زمن فإما أن يضاف إلى زمن ماض أو الى المستقبل وسنفصل القول في كل منها.

إضافة الطلاق إلى زمن ماض:

وإذا أضاف الطلاق إلى زمن ماض كقوله لزوجته أنت طالق أمس ولا نية له فقد اختلف الفقهاء في حكمه:

فقد ذهب الشيعة والزيدية وأحمد في رواية وبعض الشافعية وابن حزم[2] إلى أن الطلاق المضاف إلى زمن ماض لا يقع سواء كانت زوجة له في الزمن الذي أضيف إليه الطلاق أم لم تكن له زوجة، لأنه لغو من القول فلا يترتب عليه شيء، وذلك أن الطلاق مسند إلى زمن قد مضى فإن كانت زوجة له في ذلك الزمن فقد كانت مباحة له فيه وإضافة الطلاق إلى الزمن الماضي تقتضي أن لا تكون مباحة له في ذلك الزمن والعمل بقوله يقتضي إذن أن تكون في ذلك الزمان مباحة وغير مباحة وهذا محال فيلغو. وإن كانت غير زوجة أسند الطلاق إلى زمن لم تكن فيه امرأة له فليس محلاً للطلاق فيلغو.

وذهب مالك وأحمد في رواية عنه والشافعي في المنصوص عنه[3] الى أنها إن كانت زوجة حين إنشاء الطلاق تطلق في الحال، سواء كانت زوجة في الوقت الذي أسند إليه الطلاق أم لا. لأنه وصف الطلاق بصفة مستحيلة اذ لا يمكن إنشاؤه فيما مضى فتلغو الصفة ويقع الطلاق وذلك كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة.

وذهب الحنفية[4] إلى أنه إن كانت المرأة محلاً للطلاق في الزمن الذي أُضيف إليه الطلاق ومحلاً وقت إنشائه وقع الطلاق، وإن كانت محلاً له وقت الإنشاء وليست محلاً له في الزمن الذي أضيف إليه الطلاق لم يقع، وعلى ذلك: إن قال لها أنت طالق أمس وإنما تزوجها اليوم لم يقع الطلاق وكذلك لا يقع إذا كانت محلاً للطلاق في الزمن الذي أضيف إليه ولم تكن محلاً للطلاق وقت إنشائه.

---

(١) الهداية (١/ ٢٣٤).

(٢) فرق الزواج (ص١٠٩)، والمغني (٧/ ٢٦٣)، والمهذب (٢/ ٩٥)، وروضة الطالبين (٨/ ١٢٠).

(٣) المراجع السابقة ومواهب الجليل (٤/ ٧٠).

(٤) شرح فتح القدير (٣/ ٣٧١)، وشرح العناية مع الفتح (٣/ ٣٧١).

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل:

إذا أضاف الطلاق إلى زمن بعيد في المستقبل كقوله لزوجته أنت طالق غداً أو بعد غد أو الشهر القادم فقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق بهذا اللفظ، وهذا بيان لآرائهم:

فذهب الشيعة والظاهرية[1] إلى عدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ. إذ هو لغو من القول فلا تطلق زوجته الآن ولا في الزمن الذي أُضيف إليه الطلاق.

ووجه هذا القول أنه إذا ترتب عليه الطلاق فإما أن يقع في الحال وإما أن يقع في الوقت الذي أُضيف إليه الطلاق، ولا يجوز أن يقع في الحال لأن المطلق لم يرده، ولا أن يقع في الوقت الذي أُضيف إليه لأن المرأة قد لا تكون محلاً للطلاق في ذلك الوقت لموتِ أحدهما أو خروجها من عصمة الزوج قبل مجيء ذلك الوقت.

ولأن الطلاق كالنكاح والنكاح لا يصح تعليقه أو إضافته إلى زمن في المستقبل فكذلك الطلاق. ولأن حل عصمة النكاح لا يكون إلا بما أذن به الشرع ولم يأت دليل من الشرع في الكتاب أو السنة بجواز تعليق الطلاق أو إضافته، ومن قال بوقوع الطلاق بهذا اللفظ فقد تعد حدود الله. قال تعالى: ﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [الطلاق: ١][2].

ومجمل القول عندهم أن الطلاق لا يقع إلا بالصيغة المنجزة فلا يقع بالصيغة التي تفيد إضافة الطلاق إلى زمن ماض أو مستقبل ولا بصيغة التعليق.

وذهب سعيد بن المسيب والحسن والزهري وقتادة ويحيى الأنصاري وربيعة وسفيان الثوري ومالك[3] إلى أنه إذا أضاف الزوج الطلاق إلى زمن مستقبل معين بأن قال لزوجته أنت طالق غداً أو بعد شهر أو في الشهر أو في السنة القادمة أو إذا طلعت الشمس أو دخل رمضان. فإن الطلاق يقع في الحال إن كان الأجل الذي أُضيف إليه الطلاق آتٍ لا محالة، ويبلغه عمره.

ووجهه أن النكاح لا يكون مؤقتاً بزمان ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهراً وفي الطلاق المضاف فقد جعل الزوج استباحة زوجته إلى أجل محدود وهي الفترة من حين التلفظ بالطلاق إلى وقوعه في الزمن المضاف إليه، وهذا توقيت للنكاح، والوطء فيه وطء في نكاح مؤقت وهذا لا يجوز، ولذلك ينبغي أن يقع الطلاق في الحال[4].

وذهب جمهور الفقهاء منهم الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية إلى أن الطلاق لا يقع في الحال وإنما يقع بوجود أول جزء من الوقت الذي أضيف إليه الطلاق، وهذا قول ابن عباس وعطاء وجابر بن

---

(١) المحلى (١٠/٢١٣).
(٢) المحلى: (١٠/٢١٣).
(٣) الكافي (٢/٥٧٧)، والمحلى (١٠/ ٢١٤)، والمغني (٧/ ٣٥٨)، والشرح الصغير للدردير (٢/ ٣٣١).
(٤) المغني (٧/ ٣٥٨)، والمحلى (١٠/ ٢١٤).

زيد والنخعي وأبي هاشم والثوري وإسحاق وأبي عبيد[1].

فإذا قال الرجل لزوجته أنت طالق عند قدوم زيد فإنها تطلق حال قدومه، وإذا قال لها أنت طالق غداً فإنها تطلق عند طلوع الفجر الصادق، فإذا قال الزوج أردت أنها طالق في آخر النهار أو وسطه صدق ديانةً لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل قضاء لأن قوله خلاف الظاهر[2].

ويشترط لوقوع الطلاق المضاف عند الشافعية والحنابلة أن يكون الزوج أهلاً لايقاع الطلاق عند صدوره وأن تكون الزوجة محلاً له عند حلول الوقت الذي أضيف إليه الطلاق، وأن تكون الزوجية قائمة عند إنشاء الطلاق.

فلو قال لأجنبية أنت طالق بعد سنة ثم تزوجها قبل مضي السنة ثم مضت السنة لم يقع الطلاق عند الشافعية والحنابلة ووافقهم في ذلك الحنفية.

وإذا قال لأجنبية أنت طالق يوم أتزوجك لم يقع الطلاق عند الشافعية والحنابلة ويقع عند الحنفية لأن الوقت الذي أضيف إليه الطلاق كان وقت حدوث السبب وهو النكاح[3].

ووجه ما ذهب إليه الجمهور:

١- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يقول في الرجل يقول لامرأته: أنت طالق إلى رأس السنة، قال: يطأ فيما بينه وبين رأس السنة[4]. فهذا يدل على أن المرأة حلال لزوجها، له أن يطأها خلال السنة ويدل بمفهومه أنها تطلق عند قدوم رأس السنة.

٢- قياس الطلاق على العتق بجامع أن كلاً منهما إزالة ملك فكما أن العتق على صفة لا يتم قبل حصول تلك الصفة فكذلك الطلاق المعلق على صفة لا يقع قبلها والذي يدل على أن العتق المعلق على صفة لا يقع قبلها ما روي عن أبي ذر أنه قال أن لي إبلاً يرعاها عبد لي وهو عتيق إلى الحول[5]. ورد ابن قدامة على القائلين بوقوعه حالاً لئلا يكون في معنى النكاح المؤقت، بقوله: وليس هذا توقيتاً للنكاح وإنما هو توقيت للطلاق، وهذا لا يمنع كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقاً بشرط والطلاق يجوز فيه التعليق[6].

٣- وبما ورد من آثار عن بعض الصحابة فقد ورد أن رجلاً طلق امرأته البتة إن خرجت، فقال ابن عمر إن خرجت فقد بانت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء[7].

---

(١) المغني (٧/ ٣٥٨) للمرداوي، والبدائع (٣/ ١٢٣)، وشرح العناية على الهداية (٣/ ٣٦٩)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٦٩)، والإنصاف (٩/ ٤٥)، ومغني المحتاج (٣/ ٣١٣).

(٢) المغني (٧/ ٣٥٧)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٦٩).

(٣) شرح فتح القدير (٣/ ٣٧٦).

(٤) المغني (٧/ ٣٥٨).

(٥) المغني (٧/ ٣٥٨).

(٦) المرجع السابق.

(٧) الأحوال الشخصية للبرديسي (ص٢٧٤).

مناقشة أدلة الجمهور:

ناقش ابن حزم أدلة جمهور الفقهاء فقال: نظرنا فيما يحتج به مَنْ أجاز ذلك وجعل الطلاق إذا جاء الأجل لا قبل ذلك بأن قال: قال الله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ قلنا: إنما هذا في كل عقد أمر الله تعالى بالوفاء به أو ندب إليه لا في كل عقد جهله ولا في معصية، ومن المعاصي أن يطلق بخلاف ما أمر الله تعالى به.

وقالوا: المسلمون عند شروطهم وهذا كالذي قبله لأن رسول الله (ﷺ) قال: «كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل».

وقالوا: نقيس ذلك على المُداينة والعتق إلى أجل، فقلنا القياس باطل، ثم لو كان حقاً لكان منه هذا باطلاً لأن العتق والمداينة قد جاء في جوازهما إلى أجل النص، ولم يأت ذلك في الطلاق، ثم لو كان القياس لكان هذا منه باطلاً لأنكم مجمعون على أن النكاح إلى أجل لا يجوز، وأن ذلك النكاح باطل، فهلا قستم الطلاق إلى أجل على ذلك.

ثم ذكر ابن حزم بعد ذلك ما أثر عن الصحابة من وقوع الطلاق عند حصول الشرط ضعيف لا يحتج به[1].

الترجيح:

بالرغم من اعتراض ابن حزم على أدلة الجمهور إلا أن أدلتهم تبقى قوية إذ لا دليل على تقييد المطلق أو تخصيص العام فيها فيبقى الاحتجاج بها قائماً ولأن عبارة الزوج في تعليق الطلاق على شرط لا معنى لها إلا ربط الجزاء بالشرط.

وبناء عليه فإن الطلاق المعلق على شرط ينعقد سبباً في الحال ويقع به الطلاق عند وجود الشرط بشروط معينة.

وقد أخذ القانون برأي جمهور الفقهاء حيث نصت المادة [٩٦] على أن: (تعليق الطلاق بالشرط صحيح وكذا إضافته إلى المستقبل ورجوع الزوج عن الطلاق المعلق والمضاف لزمان غير مقبول).

هذا وقد اختلف القائلون بجواز تعليق الطلاق على شرط في بعض صور التعليق كما سيأتي بيانه.

الطلاق المضاف بصورة التعليق:

إذا كانت صيغة الطلاق المضاف إلى زمن بطريق التعليق باستعمال أداة من أدوات التعليق الشرطية نحو، إن، وإذ، ومتى، وكلما، فإن الصيغة تعتبر تعليقاً لا إضافة لأن الطلاق يكون معلقاً على مجيء الزمن المعين مربوطاً به ارتباط المشروط بشرطه كتعليقه على أي حادث آخر وليس معقوداً للحال

---

(١) المحلى (١٠/ ٢١٥).

ومؤخر الحكم إلى زمن مستقبل كما هو الحال في الطلاق المضاف[1].

فإذا قال الرجل لزوجته أنت طالق إذا رأيتُ هلال رمضان فإن الزوجة تطلق إذا رأى هلال رمضان بنفسه، أما إذا راه غيره من الناس فقد ذهب الشافعية والحنابلة[2] إلى وقوع الطلاق برؤية الناس لا لأول الشهر لأن رؤية الهلال في عرف الشرع العلم به في أول الشهر ويحصل برؤية الغير فيصرف قول الزوج إلى عرف الشرع.

وذهب الحنفية[3] إلى أنها لا تطلق إلا برؤية الزوج للهلال.

وإذ قال الرجل لزوجته أنت طالق إذا جاء زيد غداً لم تطلق حتى يقدم، لأن معناه أنت طالق غداً وقت قدوم زيد، وإن لم يأت زيد غداً لم تطلق وإن قدم بعده، لأنه قيد طلاقها بقدومه وهذا قيد بصفة فلا تطلق حتى توجد الصفة.

ثالثاً: الطلاق المعلق على شرط:

الطلاق المعلق: هو ما رتب وقوعه على أمر محتمل الوقوع في المستقبل بأداة من أدوات الشرط. كقوله لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق.

وقد اختلف الفقهاء فيه على مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب الظاهرية والشيعة والجعفرية إلى أن الطلاق المعلق باطل، وروي هذا عن علي وشريح وطاووس وعطاء وأبي ثور[4].

ووجه ما ذهبوا إليه: أن الطلاق لم يشرع إلا منجزاً، قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق: ١] فإن الأمر بالطلاق في وقت معين وهو زمن الطهر الذي لا جماع فيه وهو زمن ابتداء العدة يقتضي أن يكون منجزاً في ذلك الوقت.

فمن قال لزوجته إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، لا تكون طالقاً الآن ولا إذا جاء رأس الشهر. ومن تجاوز حدود الله فقد ظلم نفسه.

ولأن كل طلاق لم يقع حين أقدم الزوج على إنشائه لا يقع بعد ذلك الوقت ولا قبله إذ الطلاق كالنكاح والنكاح لا يصح تعليقه اتفاقاً فكذلك الطلاق[5].

---

(١) المدخل الفقهي للزرقاء (١/ ٥٠٨).

(٢) المغني (٧/ ١٦٩)، وتكملة المجموع (١٦/ ٢٠٥).

(٣) تكملة المجموع (١٦/ ٢٠٦).

(٤) المحلى (١٠/ ٢١٣)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (٦/ ١٦).

(٥) المحلى (١٠/ ٢١٣).

المذهب الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة والزيدية[4] الى أن الطلاق المعلق على شرط صحيح.

واستدلوا لما ذهبوا إليه:

١- بقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. فهذه الآية لم تفرق بين طلاق منجز وطلاق معلق، فلفظ الطلاق مطلق عن التقييد فللزوج إيقاعه على الوجه الذي يريد[5].

٢- وبقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، والعقود بعمومها شاملة لكل الالتزامات، والتعليق التزام، فيجب الوفاء به، وترتب الأثر الشرعي عليه.

٣- وبما روي عن النبي (ﷺ) أنه قال: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً». والحديث يدل على وجوب الوفاء بالشروط، والطلاق المعلق شرط فيجب الوفاء به عند تحقق الشروط، ومعنى الوفاء به ترتب الأثر عليه.

أنواع الطلاق:

ذكر الكاساني أن التعليق نوعان[6].

النوع الأول: تعليق في الملك حقيقة أو حكماً:

بأن تكون المرأة في عصمته حقيقة فيقول لزوجته إذا دخلت دار فلان فأنت طالق، أو بأن تكون المرأة في عصمته حكماً فيقول لمعتدته من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى إذا دخلت دار فلان فأنت طالق.

وهذا النوع لا خلاف فيه عند القائلين بوقوع الطلاق المعلق إذا توافرت الشروط لوقوع الطلاق، وهي:

١- أن يكون المطلق أهلاً للطلاق حين صدوره منه فإن كان صبياً أو مجنوناً حين صدور الطلاق لم يقع طلاقه. مع ملاحظة الخلاف في طلاق الصبي. فإذا قال الصبي لزوجته إن دخلت دار فلان فأنت طالق ثم دخلت الدار بعد سنة وبعد أن أصبح بالغاً لم يقع الطلاق لأنه لم يكن أهلاً للطلاق حين تلفظه وإن كان أهلاً للطلاق حين دخولها الدار، وإذا قال البالغ العاقل لزوجته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم دخلت الدار بعد أن جُنَّ زوجها وقع الطلاق، لأن العبرة بأهليته حين التلفظ بالطلاق لا حين وقوعه ولا

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ١٢٦)، وشرح فتح القدير (٤/ ١١٤، ١١٥).
(٢) التاج والاكليل لمختصر خليل (٤/ ٦٨).
(٣) إعانة الطالبين على حل الفاظ فتح المعين للبكري (٤/ ٢٢).
(٤) المغني (٧/ ١٦٥، ١٨٠)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي.
(٥) الأحوال الشخصية للبرديسي (ص٢٧٤).
(٦) بدائع الصنائع (٣/ ١٢٦).

يشترط استمرار الأهلية من حين التلفظ بالطلاق إلى حين وقوعه.

٢ - أن تكون محلاً لوقوع الطلاق عليها عند حدوث الشرط المعلق عليه الطلاق. وذلك بأن تكون زوجة أو في العدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى. فإذا قال لها إذا كلمت زيداً فأنت طالق ثم كلمته بعد انتهاء عدتها من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى فإن الطلاق لا يقع لأنها لم تكن محلاً للطلاق حين حصول الشرط وانحلت اليمين بمعنى أنه إذا تزوجها بعقد جديد بعد انتهاء عدتها ثم كلمت زيداً لم يقع عليها الطلاق.

أما إذا لم تكلمه بعد انتهاء عدتها ثم تزوجها بعقد جديد فإن اليمين باقية فإذا كلمت زيداً وهي في عصمة الزوج بعقد الزواج الثاني وقع عليها الطلاق اتفاقاً عند القائلين بوقوع الطلاق المعلق. أما إذا تزوجت بآخر بعد انتهاء عدتها من الطلاق الرجعي أو البائن بينونة صغرى ثم طلقها الثاني قبل الدخول بها وتزوجت الأول ولم تكلم زيداً طيلة الفترة السابقة ثم كلمته وهي في عصمة الزوج الأول فإن الطلاق يقع عليها لأن الحل لم ينقطع بالزواج الثاني حيث يبقى أثر الزواج الأول فيقع الطلاق.

وإذا دخل بها الزوج الثاني بعد انتهاء عدتها من الأول ثم تزوجها الأول ثم كلمت زيداً فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد في رواية إلى أن الحل الذي كان بالزواج الأول قد انهدم بتزوجها بالزوج الثاني ودخول الثاني بها وعلى ذلك لا يقع عليها الطلاق إن كلمت زيداً وهي في عصمة الزوج الأول من عقد جديد وقد أنهى زواجها بزوج آخر كل أثر للعقد الأول من الزوج الأول فيملك عليها الزوج الأول بالعقد الجديد ثلاث طلقات وذهب الشافعي ومالك ومحمد بن الحسن وأحمد في رواية إلى أن زواجها بآخر لا يهدم ما للزوج من آثار وإن كان قد دخل بها الزوج الثاني فيملك الزوج الأول بالعقد الثاني ما بقي له من عدد الطلقات فإن كلمت زيداً في هذا العقد الجديد وقع عليها الطلاق.

وهذه المسألة تسمى عند الفقهاء بمسألة الهدم ومبناها أن الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل وأن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك ولا يزيل الحل. وأن الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل الملك والحل معاً، ومعنى ذلك أن المرأة إذا عادت إلى زوجها الأول بعقد بعد أن يكون قد طلقها رجعياً أو بائناً بينونة صغرى وانتهت عدتها أنه يملك بالعقد الجديد ما بقي له من عدد الطلقات فإن كان قد طلقها طلقة واحدة ثم عادت إليه بعقد جديد وقبل أن تتزوج بآخر ملك عليها بالعقد الجديد اثنتين، وإن كان قد طلقها اثنتين ملك عليها بالعقد الجديد واحدة، لا خلاف بين الفقهاء في هذا.

أما إذا عادت للزوج الأول بعد أن تزوجها آخر فإن لم يدخل بها الزوج الثاني عادت للأول بما بقي له عليها من عدد الطلقات من غير خلاف أيضاً. وإن دخل بها الثاني فقد ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والزيدية ومحمد بن الحسن وأحمد في رواية إلى أنها تعود إلى الأول بما بقي له عليها من عدد الطلقات إذ أن الحل عندهم لا ينقطع بزواجها من آخر ودخوله بها وإنما ينقطع الحل إذا طلقها الأول طلاقاً باتناً بينونة كبرى فقط.

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد في رواية إلى أن الحل ينقطع بزواجها من الثاني ودخوله بها فيملك الأول بالعقد الجديد ثلاث طلقات، كما أن الحل ينقطع عندهما أيضاً إذا طلقها الأول طلاقاً بائناً

بينونة كبرى كما هو عند الجمهور.

٣- أن يكون الشرط الذي علق الطلاق عليه غير موجود وقت التلفظ بالعبارة فإن كان موجوداً وقت التلفظ بالعبارة وقع الطلاق في الحال وكان منجزاً، لأن التعليق حينئذ صوري، والعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، ومثاله أن يقول لزوجته إن فعلتُ كذا فأنت طالق وكان قد فعل ما حلف عليه فإن الطلاق يقع في الحال، وقد سبقت الإشارة إليه في الطلاق المنجز.

٤- أن تكون صيغة التعليق متصلة فلا يفصل بين الشرط والجزاء إلا لعذر فإذا فصل بينهما من غير عذر امتنع التعليق ووقع الطلاق في الحال. فإذا قال لزوجته أنت طالق ثم سكت من غير عذر كالسعال أو التنحنح مثلاً ثم قال إن دخلت الدار وقع الطلاق في الحال عند الشافعية[(1)]، والحنفية[(2)] ويرى أبو يوسف أن من قال لامرأته أنت طالق استغفر الله إن دخلت الدار موصولاً أو أنت طالق الحمد لله إن دخلت الدار أو أنت طالق سبحان الله إن دخلت الدار موصولاً أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ويقع الطلاق في الحال قضاء، لأن قوله استغفر الله، سبحان الله، الحمد لله، لا تعلق له بالطلاق فيكون موصولاً بين الجزاء والشرط فيمنع كما لو سكت بينهما من غير ضرورة[(3)].

٥- أن لا يكون الطلاق معلقاً على مشيئة غير معلومة عند بعض الفقهاء لأن المعلق على المجهول مجهول والطلاق لا يقع بالشك وذهب بعض الفقهاء إلى أن الطلاق يقع في الحال وسيأتي بيان الآراء في المسألة عند الكلام على تعليق الطلاق على مشيئة لا يمكن الإطلاع عليها.

٦- أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق ممكن الوقوع في المستقبل، فإن كان الشرط مستحيل الوقوع لم يقع به الطلاق عند جمهور العلماء وذلك كقول الزوج لزوجته إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت طالق، وسيأتي بيان الآراء في المسألة.

٧- أن يكون التعليق والفعل المعلق عليه الطلاق قد وقعا في حل واحد وقد سبق بيان هذه المسألة عند الكلام على الشرط الثاني.

النوع الثاني من أنواع التعليق:

تعليق على الملك أو سببه:

فالتعليق على الملك كقول الرجل لامرأة أجنبية: إن ملكتُ عصمتك فأنت طالق، وأما التعليق على سبب الملك بأن يعلق الطلاق على التزويج بها فيقول لامرأة أجنبية إن تزوجتك فأنت طالق. فإن عقد الزواج هو سبب تلك العصمة.

وقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق المعلق على الملك أو سببه على ثلاثة آراء:

---

(١) أسنى المطالب شرح روضة الطالب لزكريا الأنصاري (٣/ ٢٧٨).
(٢) بدائع الصنائع (٣/ ١٤١).
(٣) البدائع (٣/ ١٤١).

الرأي الأول:

لا يقع الطلاق المعلق على الملك وكذلك الطلاق المضاف إلى وقت سبب الملك كقول الرجل لامرأة أجنبية أنت طالق يوم أتزوجك وبهذا الرأي قال الشافعية[١] والحنابلة[٢] وهو مروي عن علي وابن عباس وعائشة.

واحتجوا:

١- بما روي عن ابن جريج أنه قال: بلغ ابن عباس أن ابن مسعود يقول: إن طلق ما لم ينكح فهو جائز، فقال ابن عباس: أخطأ ابن مسعود في هذا إن الله عز وجل يقول: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ ولم يقل: إذا طلقتم المؤمنات ثم نكحتموهن[٣].

ووجه الاستدلال: إن الله سبحانه جعل الطلاق مسبوقاً بالنكاح ومتأخراً عنه فلا بد من أن يكون المطلق له ملك العصمة وقت تعليق الطلاق.

٢- وبما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: (لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق فيما لا يملك).

فالحديث صريح في نفي وقوع الطلاق إذا صدر على محل لا يملكه المطلق وقت التلفظ به[٤].

٣- وبما أخرجه الدارقطني عن زيد بن علي بن الحسين عن آبائه أن رجلاً أتى النبي (ﷺ) فقال: إن أمي عرضت عليَّ قرابة، فقلت هي طالق إن تزوجتها. فقال الرسول (ﷺ) هل كان ذلك ملك؟ قلت لا، قال لا بأس[٥].

٤- وبما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن رجل قال: أتزوج فلانة فهي طالق فقال طلق ما لا يملك[٦].

٥- إن من المتفق عليه أن الطلاق المنجز إذا أوقعه على أجنبية لا يقع فينبغي أن يكون الأمر كذلك في حالة تعليقه لكون الطلاق المعلق على الملك لغو لانعدام الولاية من المعلق على المحل[٧].

الرأي الثاني:

الطلاق المعلق على الملك أو سببه والمضاف إلى سبب الملك يقع عند تحقق الشرط أو الإضافة وإلى هذا ذهب أبو حنيفة والزيدية وروى عن عمر وابن عمر وابن مسعود وسعيد بن المسيب وعطاء

---

(١) تكلمة المجموع (١٦/ ٥٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٩٢).
(٢) الروض المربع شرح زاد المستقنع (٣/ ١٦٣)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٩/ ٥٩).
(٣) المراجع السابقة.
(٤) الروض المربع (٣/ ١٦٣).
(٥) مغني المحتاج (٣/ ١٤٠).
(٦) المرجع السابق.
(٧) المرجع السابق.

وحماد بن أبي سليمان[1]، لا فرق عندهم بين تعميم التعليق أو تخصيصه إلا أنهم يشترطون في حالة تخصيص التعليق بمعينة أن يكون التعليق بصريح الشرط، فلو قال هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق، لأنه عرفها بالإشارة فلا تؤثر فيها الصفة التي هو قول الرجل أتزوجها، والصفة لغو فكأنه نجز الطلاق فقال هذه طالق فلا يقع الطلاق المنجز لأنها ليست محلاً للطلاق. أما إن قال: إن تزوجت هذه فهي طالق فتزوجها وقع الطلاق. أما في حالة التعميم فلا يشترط أن يكون التعليق بصريح الشرط فلو كان معلقاً في المعنى لصح كما لو قال: المرأة التي أتزوجها طالق فإن تزوج أي امرأة وقع طلاق، إذ هو في معنى إن تزوجت هذه المرأة فهي طالق[2].

واحتجوا:

١- بأن تعليق الطلاق على الملك تصرف هو يمين لوجود الشرط والجزاء، وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن ترتب الأثر عليه إنما هو عند تحقق الشرط المعلق عليه، والملك عند ذلك متيقن، أما قبل تحقق الشرط فإن للتعليق أثراً هو المنع من التزوج وهذا قائم بالمعلق نفسه فلا يشترط له الملك ولا يتوقف على ثبوته[3].

٢- ثم إنه لا فرق بين الطلاق والظهار والإيلاء، وتعليق الظهار والإيلاء على الملك جائز فكذلك تعليق الطلاق على الملك أو سببه. وقد نقل الإجماع على جواز تعليق الظهار فقد روي أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته إن هو تزوجها فقال القاسم: إن رجلاً جعل امرأته عليه كظهر أمه إن هو تزوجها فأمره عمر رضي الله عنه أن يكفر كفارة المظاهر قبل أن يقربها، ولم ينكر أحد من الصحابة هذا على عمر رضي الله عنه فكان إجماعاً وكذلك الأمر في الإيلاء فإذا قال الرجل لأجنبية إن تزوجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر، يصح، فمتى تزوجها يصير مولياً[4].

٣- وقياساً على النذر بجامع أن كلا منهما التزام بما لا يملك في الحال، وقياساً على الوصية بجامع أن كلاً منهما تصرف مضاف إلى المستقبل والوصية تنفذ عند حلول ذلك الزمان بالموت وكذلك الطلاق يقع عند حلول الزمان الذي أضيف إليه وهو الملك.

الرأي الثالث:

ذهب المالكية إلى أنه إذا[5] ترتب على البر بالطلاق المعلق أو المضاف إلى زمن منع الرجل من الزواج مطلقاً أو يلحقه الحرج والمشقة فإن التعليق لا يصح ولا يقع الطلاق إن تزوج ويكون هذا في صورة التعميم.

---

(١) شرح فتح القدير (٤/ ١١٤)، وشرح العناية على الهداية (٤/ ١١٤)، والاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٤٠).
(٢) شرح العناية على الهداية (٤/ ١١٥).
(٣) شرح فتح القدير (٤/ ١١٥).
(٤) شرح العناية على الهداية (٤/ ١١٧).
(٥) التاج والاكليل (٤/ ٤٨)، الشرح الصغير (٢/ ٣١٤).

فإذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها إلى سبعين سنة فهي طالق فإن التعليق في مثل هذه الصورة لا يصح لما في ذلك من الضرر به.

أما إذا خص امرأة بعينها أو نساء بلد أو صنفاً معيناً من النساء أو زمناً معيناً لا يبلغ جميع عمره -والعمر عندهم سبعون سنة- فإن التعليق والإضافة في هذه الحالة صحيحان ويقع الطلاق إن تزوج، ومثاله أن يقول: إن تزوجت فلانة فهي طالق إلى عشرين سنة فهي طالق فإن التعليق والإضافة في الصورة السابقة صحيحان.

ويشترط في صورة الإضافة أن يكون الزمن بحيث إذا أضيف إلى ما مضى من عمره مما يبلغه عمره ظاهراً حتى تبقى له مدة من عمره يستطيع فيها أن يتزوج. وقدر المجموع بما دون سبعين سنة وهو العمر الغالب. فإذا قال كل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة فهي طالق وكان عمره حين ذلك أربعين سنة لم تصح الإضافة.

واحتجوا:

١- استدل المالكية على ما ذهبوا إليه من التفصيل بالاستحسان لأنه إذا عم لحقه الحرج والمشقة والشريعة ترفع الحرج والمشقة.

٢- وبما روي عن ابن مسعود أنه كان يقول فيمن قال كل امرأة أنكحها فهي طالق، أنه إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه، قال الإمام مالك: وهذا أحسن ما سمعت[(١)].

تعليق الطلاق على أمر مستحيل الوقوع:

الاستحالة إما عقلية كالجمع بين الضدين، وككون الواحد أكثر من الاثنين ودخول الجمل في سم الخياط، وإما عرفية كقولهم في العصور السابقة: إن طرت أو صعدت في السماء فأنت طالق، مع عدم وجود الطائرة في زمانهم.

وإما أن تكون شرعية كقوله لزوجته: إن قتلتُ فلاناً فأنت طالق، ويقصد بذلك استحالة القتل منه لأنه محرم شرعاً في الإسلام ولا يمكن أن يكون حلالاً له[(٢)] فالطلاق المعلق على أمر مستحيل سواء كان مستحيلاً عقلاً أو عرفاً أو شرعاً لا يقع به شي عند جمهور العلماء وبه قال الحنفية[(٣)] والشافعية[(٤)] والمالكية[(٥)] وأحمد في رواية عنه[(٦)] لأنه علق الطلاق بصفة غير موجودة ولا توجد، ولأن ما يقصد

---

(١) شرح الزرقاني على الموطأ (٢/ ٥٨٥).

(٢) التاج والاكليل مع مواهب الجليل (٤/ ٦٦)، ومواهب الجليل (٤/ ٦٦، ٦٧)، والشرح الصغير (٢/ ٢٤٣)، والروض المربع (٣/ ١٦١).

(٣) البدائع (٣/ ١٣٢).

(٤) تكلمة المجموع (١٦/ ١٥٤).

(٥) مواهب الجليل (٤/ ٦٦، ٦٧) الشرح الصغير (٢/ ٢٤٣).

(٦) الروض المربع (٣/ ١٦١).

تجنبه يعلق على المحال ولأن الزوج لم ينجز الطلاق بل علقه على شرط ممتنع وجوده ويلزم من عدم وجود الشرط عدم المشروط.

وعند الحنابلة قول بأن ما علق على شرط ممتنع وجوده عقلاً وقع في الحال لأنه لا وجود له فلم تعلق به الصفة وبقي مجرد الطلاق فوقع، وإن علق على المستحيل عادة لم يقع لأن له وجود وقد وجد جنس ذلك كمعجزات الأنبياء وكرامات الأولياء فجاز تعليق الطلاق به وإذا لم يقع قبل وجوده(١)، وذهب أحمد في رواية ثانية عنه(٢) إلى أن الطلاق يقع لأن المطلق أردف الطلاق ما يرفعه جملة ويمنع وقوعه فلم يقبل منه ذلك كما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك، فإنها تقع طلقة ولا يقبل منه قوله لا تقع عليك.

وإن علق الطلاق على المستحيل نفسه بأن قال لزوجته مثلاً: إن لم تصعدي السماء فأنت طالق، فإن الطلاق يقع في الحال لأنه علق الطلاق على عدم المستحيل، وعدمه معلوم في الحال(٣).

تعليق الطلاق على المشيئة:

قد يعلق الزوج الطلاق على مشيئة لا يمكن الإطلاع عليها لا في الحال ولا في المآل كقوله أنت طالق إن شاء الله، أو أنت طالق إن شاءت الملائكة، وقوله أنت طالق إن شاء زيد، ثم توفي أو جُنَّ قبل أن تعلم مشيئته. وقد يعلقه على مشيئة يمكن الإطلاع عليها في الحال أو المآل، كقوله أنت طالق إن شئت أو إن شاء أبوك أو إن شاء فلان وهذا من قبيل التفويض بالطلاق وقد تقدم بيانه.

تعليق الطلاق على مشيئة لا يمكن الاطلاع عليها في الحال ولا في المآل:

اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق على عدة آراء:

الرأي الأول:

لا يقع الطلاق المعلق على مشيئة لا يمكن معرفتها في الحال أو المآل، وبهذا قال الحنفية(٤) والشافعية(٥) وأحمد في رواية عنه(٦).

دليلهم:

١ - قال تعالى على لسان موسى: ﴿سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف: ٦٩] ووجه الدلالة أن موسى وعد صاحبه بالصبر معلقاً على مشيئة الله تعالى، وصح هذا منه، ولم يعتبر موسى مخلفاً

---

(١) الانصاف (٩/ ٤٣).
(٢) الروض المربع (٣/ ١٦١)، والمغني (٧/ ٢١٧، ٢١٨).
(٣) المغني (٧/ ٢١٨)، والتاج والاكليل (٤/ ٦٩)، والشرح الصغير (٢/ ٣٣٢).
(٤) شرح فتح القدير (٤/ ١٣٦)، وشرح العناية على الهداية (٤/ ١٣٦)، والبدائع (٣/ ١٥٧)، والاختيار (٣/ ١٤٢).
(٥) مغني المحتاج (٣/ ٣٠٢)، وتكلمه المجموع (٣/ ١٤٢).
(٦) الإنصاف (٩/ ١٠١، ١٠٢)، والروض المربع (٣/ ١٧٥)، والمغني (٧/ ٢١٦).

في وعده حينما لم يصبر على الأمور، فلولا صحة التعليق على مشيئة الله تعالى لصار موسى مخلفاً الوعد بالصبر، والخلف في الوعد لا يجوز والأنبياء معصومون، فدل هذا على صحة التعليق على مشيئة الله وأنه لا يقع الطلاق[1].

٢- وبقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْيۡءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُۚ﴾ [الكهف: ٢٣-٢٤] ووجه الدلالة أن الله تعالى أمر نبيه محمداً بأن لا يقول أني سأفعل أي أمر من الأمور في المستقبل إلا إذا علق ذلك على مشيئة الله تعالى وإرادته، فلو لم يكن التعليق على مشيئة الله حاصلاً به صيانة الخبر عن الخلف في الوعد لم يكن للأمر به معنى[2].

٣- وبما روي عن النبي عليه السلام قال: «من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث»[3] ووجه الدلالة من الحديث أن النبي بين لنا أن التعليق على المشيئة استثناء، وهو رفع حكم اللفظ المتقدم جميعه ولا يعتبر لغواً في هذه الحالة.

٤- ولأن تعليق الطلاق على مشيئة الله تعليق بغير معروف فلا يقع كالتعليق على مستحيل.

الرأي الثاني:

وذهب المالكية وأحمد في الرواية الثانية وهي المشهورة عنه إلى أن الطلاق المعلق على مشيئة الله يقع في الحال.

واستدلوا:

١- بما روى أبو حمزة قال: سمعت ابن عباس يقول: إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهي طالق[4].

٢- وبما روى ابن عمر وأبو سعيد قالا: كنا نعاشر أصحاب رسول الله (ﷺ) نرى الاستثناء جائزاً في كل شيء إلا في العتاق والطلاق. قال ابن قدامة. وهذا نقل للإجماع[5].

٣- ثم إن قول الرجل لزوجته أنت طالق إن شاء الله استثناء يرفع جملة الطلاق والاستثناء الذي يرفع جملة الطلاق لا يصح، فلو قال أنت طالق ثلاثاً لا يصح[6].

٤- وقياساً على ما لو قال بعت إن شاء الله فقال الآخر قَبِلْتُ فإن البيع ينعقد فكذلك هنا[7].

---

(١) البدائع (٣/ ١٥٧).
(٢) البدائع (٣/ ١٥٧).
(٣) المغني (٧/ ٤٠٣).
(٤) المغني (٧/ ٤٠٣).
(٥) المغني (٧/ ٤٠٣).
(٦) المغني (٧/ ٤٠٣).
(٧) المغني (٧/ ٤٠٣).

٥- ولأن الطلاق إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال أبرأتك إن شاء الله[1].

٦- ولأنه لا سبيل إلى علمه فأشبه التعليق على المستحيلات.

الرأي الثالث:

ذهب الزيدية إلى أن الطلاق المعلق على مشيئة الله لا يقع إلا أن يشاء الله طلاقها ويعلم ذلك حيث لا يكون الزوج ممسكاً لها بالمعروف حال مجلس الطلاق وقال بعضهم: تطلق في الحال لأن مشيئة الله قد حصلت بتلفظه بالطلاق[2].

مناقشة أدلة القائلين بعدم وقوع الطلاق المعلق بمشيئة لا تعلم:

ناقش ابن قدامة الحديث الذي احتجوا به فقال: والحديث لا حجة لهم فيه فإن الطلاق والعتاق إنشاء وليس بيمين حقيقية وإن سمي بذلك فمجاز ولا تترك الحقيقة من أجله.

وأما قولهم: أنه علقه على مشيئة لا تعلم فالجواب عنه بأن مشيئة الله للطلاق قد علمت بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة: قد شاء الله حين أذن أن يطلق، ولو سلمنا أنها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليق على أمر من المستحيلات فيلغو ويقع الطلاق في الحال[3].

الترجيح:

مع ما أورده ابن قدامة على أدلة الرأي الأول فإن أدلتهم لا تزال قوية، ولذلك فإنني أرى رجحان القول بعدم وقوع الطلاق، لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك والأدلة في المسألة متعارضة فلا يزول النكاح بالشك.

تعليق الطلاق على أمر متحقق الوجود:

إذا علق الطلاق على أمر متحقق الوجود كقوله لزوجته إن كنت فعلت كذا فأنت طالق وكانت قد فعلت. فإن الطلاق يقع في الحال، ويعتبر من قبيل الطلاق المنجز وقد مر، إذ التعليق فيه ليس حقيقياً وإنما هو صورة فقط.

تعليق الطلاق على أمر غالب الوجود:

إذا علق الرجل طلاق زوجته على شيء الغالب فيه أن يوجد كأن يقول لها أنت طالق إن حاضت فلانة وهي في سن الحيض فقد اختلف الفقهاء في وقت وقوع الطلاق.

---

(١) المغني (٧/٤٠٣).
(٢) المختار للمترع (٣٩٤).
(٣) المغني (٧/٤٠٣).

المذهب الأول:

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنها لا تطلق حتى ترى الدم في وقت يمكن أن يكون وجود الدم فيه حيضاً وصدقها زوجها في ادعائها رؤية دم الحيض، فإن كذبها في ادعائها أنه حيض فهل تصدق في ادعائها أم تعرض على النساء لمعرفة صدق ادعائها ؟

ذهب الحنفية[1] والشافعية[2] وأحمد في إحدى الروايتين عنه[3] إلى أن القول قول الزوجة لأن الحيض لا يعرف إلا من جهتها وهي أمينة على نفسها فوجب الرجوع إلى قولها كانقضاء عدتها ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨]. فلولا أن قولها مقبول في ذلك لما حرم عليها كتمانه والذي خلق الله في أرحامهن هو الحيض والحمل.

وذهب أحمد في رواية عنه[4] إلى أنه لا يقبل قولها، ويختبرها النساء لأن الحيض يمكن التوصل إلى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها.

المذهب الثاني:

ذهب المالكية في المشهور[5] من مذهبهم إلى أن الطلاق المعلق على أمر غالب الوجود كالحيض ينجز في الحال. وفي رواية ثانية عن مالك أنه قال لا تطلق حتى تطهر، هذا إذا كانت المرأة تحيض، أما إذا كانت قد قعدت عن الحيض أو كانت صغيرة فإنها لا تطلق حتى ترى الحيض قولاً واحداً.

تعليق الطلاق على ما لا يعلم حالاً ويعلم مآلاً:

إذا قال الرجل لزوجته إن كان في بطنك غلام فأنت طالق، أو قال لها إن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق، أو إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق، فتبين خلاف ذلك فقد اختلف الفقهاء في وقت وقوع الطلاق.

فذهب المالكية[6] إلى أن المرأة تطلق في الحال دون انتظار لانكشاف الأمر المعلق عليه لأن البقاء معها على فرج مشكوك في حِلِّه لا يجوز.

وذهب الشافعية[7] والحنابلة[8] إلى أنه إذا قال لها إن ولدت غلاماً فأنت طالق فولدت غلاماً طلقت

---

(١) شرح فتح القدير (٤/ ١٢٦)، وشرح العناية على الهداية (٤/ ١٢٦).
(٢) تكملة المجموع (١٦/ ١٥٤).
(٣) المغني (٧/ ١٩٩).
(٤) المغني (٧/ ٢٠٠).
(٥) الشرح الصغير (٢/ ٣٣٢)، مواهب الجليل (٤/ ٧٠).
(٦) الكافي (٢/ ٥٧٩)، والشرح الصغير (٢/ ٣٣٣)، والتاج والاكليل (٤/ ٧١).
(٧) مغني المحتاج (٣/ ٣١٩، ٣٢٠).
(٨) الروض المربع (٣/ ١٦٨و ١٦٩)، والمغني (٧/ ٢٠٤، ٢٠٥).

حياً كان أم ميتاً.

وإذا قال لها إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق لم يجز له وطؤها قبل الاستبراء فإن تبين أنها حامل لم تطلق وإن تبين أنها غير حامل فتطلق في زمن التعليق.

وذهب الحنفية[1] إلى أنه إذا قال لزوجته إن ولدت غلاماً فأنت طالق طلقة واحدة وإن ولدت جارية فأنت طالق اثنتين أنها تطلق واحدة إذا ولدت غلاماً واثنتين إذا ولدت جارية أما إذا ولدت جارية وغلاماً فإن ولدت الغلام أولاً طلقت واحدة وانقضت عدتها بولادة الجارية ولا يقع شيء بعده وإن علم أن الجارية ولدت أولاً طلقت اثنتين وانقضت عدتها بوضع الغلام ولا تطلق به لأن الطلاق صادفها بائناً فلم يقع، إذ إن الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع.

الحلف بالطلاق:

تأتي صيغة اليمين بالطلاق في صورة قسم فيها تعليق لفظي، ومثاله: قول رجل لزوجته عليَّ الطلاق لأفعلن كذا، وقوله: الطلاق يلزمني لأفعل كذا، وقوله: عليَّ الحرام لا تفعلين كذا. فهذه صيغة لم تذكر فيها أداة الشرط صراحة ولكنها مستفادة معنى لأن معنى عليَّ الطلاق وعليَّ الحرام والطلاق يلزمني لأسافر غداً، بمنزلة قوله إن سافرت غداً فزوجتي طالق.

والطلاق بهذه الصيغة يعتبر لغواً من القول عند أهل الظاهر والشيعة الإمامية لأن الطلاق لا يقع إلا على الوجه المشروع ولا يكون إلا بالصيغة المنجزة كما سبق بيانه.

وقد اختلفت المذاهب الأخرى في وقوع الطلاق به، فذهب بعض الشافعية وبعض الحنفية وبعض المالكية[2] إلى عدم وقوع الطلاق لأن المراد بهذا اللفظ إنشاء الطلاق كما ذكر ذلك الكمال بن الهمام في فتح القدير[3] حيث قال: الطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسَّراح بمعنى التسريح ومنه قوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ أي التطليق مرتان أو هو مصدر طَلُقت المرأة بفتح اللام وضمها، فإذا كان بمعنى التطليق كان قول الرجل علي الطلاق بمعنى علي أن أنشيء طلاقاً فإذا لم ينشئه لم يقع شيء.

وإذا كان مصدراً يكون بمعنى وصفك بالطلاق أمر واجب عليّ وهي لا توصف به إلا بعد حصول سببه من الزوج وهو التطليق باللفظ الموضوع لإنشائه وهذا لم يحدث وعليه فلا يقع بمثل هذا طلاق كما ذكر ابن القيم[4].

وقال بعض الفقهاء تقع به طلقة واحدة رجعية نوى أو لم ينو وقيل: بالنية، وذلك لتعارف الناس على وقوع الطلاق به، لأنه صار بمنزلة قول الرجل إن فعلت كذا فأنت طالق، ومثله في الحكم قوله: الطلاق

(١) شرح فتح القدير (٤/ ١٢٩)، وشرح العناية على الهداية (٤/ ١٢٩)، والاختيار (٣/ ١٤١).
(٢) شرح فتح القدير (٤/ ١٢٩).
(٣) شرح فتح القدير (٤/ ١٢٩).
(٤) فرق الزواج (ص١٢٧). وإعلام الموقعين (٤/ ١٠٠).

علي واجب أو يلزمني أو فرض، والصحيح ما ذكره ابن القيم من عدم وقوع الطلاق به[1].

وقد تأتي صيغة اليمين بالطلاق في صورة تعليق لفظي، مثاله قول الرجل لزوجته إن فعلتُ كذا فامرأتي طالق يريد حمل نفسه على ألا يفعل ولا يريد طلاق زوجته، أو يقول لزوجته إن دخلت دار فلان فأنت طالق يريد حملها على عدم دخول الدار المذكورة، ولا يريد طلاقها، أو يقول لصديقه أو ابنه: إن فعلتَ كذا فزوجتي طالق يريد حمله على ألا يفعل ولا يريد طلاق زوجته.

فالطلاق المعلق بالنظر إلى المعنى نوعان: نوع في معنى اليمين جاء في صورة التعليق من حيث اللفظ لظهور أداة الشرط ولم يُرِدْ بتعليق الطلاق حصول فعل الشرط وإنما أراد به الزوج حمل نفسه أو حمل زوجته أو الغير على فعل شيء أو تركه.

والنوع الثاني من الطلاق المعلق لا يقصد به الحمل على فعل شيء أو تركه وإنما يقصد به إيقاع الطلاق عند حصول فعل الشرط ويسمى هذا النوع طلاقاً بالصفة ومثاله إن جاء زيد فأنت طالق يقصد بذلك وقوع الطلاق لا حمله على عدم المجيء، وهذا النوع سبق أن بينا آراء الفقهاء فيه، وأنه لا يقع به الطلاق عند الظاهرية والشيعة الجعفرية ويقع به الطلاق عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة فيرجع إليه. أما النوع الأول وهو اليمين بالطلاق في صورة تعليق لفظي فهذا بيان لآراء الفقهاء في وقوع الطلاق به أو عدم وقوعه.

الرأي الأول: ذهب أهل الظاهر والشيعة والجعفرية[2] إلى أن الحلف بالطلاق لا يقع به طلاق ولا يلزم به شيء لأنه لغو من القول إذ اليمين لا يكون إلا بالله وما عدا ذلك فباطل وتعد على حقوق الله تعالى. قال (ﷺ): «من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله»[3] وهذا يدل على أن اليمين بالطلاق لا يسمى يميناً شرعاً بل هو معصية.

الرأي الثاني: ذهب جمهور الحنفية[4] والشافعية[5] والمالكية[6] والحنابلة[7] إلى وقوع الطلاق به عند حصول الشرط ولو لم يكن الزوج قاصداً إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يسأل عن النية عندهم ولكن يسأل عن تحقق الشرط الذي علق الطلاق عليه ولم يفرقوا بين المعلق في معنى اليمين وغيره من صور التعليق وقد بسطنا أدلتهم في وقوع المعلق فيرجع إليه.

---

(١) فرق الزواج (ص١٢٦)، وشرح فتح القدير (٤/١٢٧)، والبحر الرائق (٣/ ٢٧١)، والفتاوي الهندية (٣/ ١٧٤)، والفتاوي الخانية (١/ ٤٥٥) - بهامش الهندية.

(٢) المحلى (١٠/ ٢١١)، والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (٦/ ١٦).

(٣) نيل الأوطار (٩/ ١٢٢).

(٤) البدائع (٣/ ٣٠).

(٥) مغني المحتاج (٣/ ٣٢٦).

(٦) الكافي (٢/ ٥٨١).

(٧) المغني (٧/ ١٧٨).

الرأي الثالث: ذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[1] إلى أن هذا النوع من التعليق لا يقع به طلاق ويعتبر يميناً تجب الكفارة إن حنث في يمينه[2].

واحتج ابن القيم بأن إفتاء الصحابة رضوان الله عليهم مختلف، فقد صح عن بعضهم أنه أفتى في بعض صور التعليق بالوقوع وصح عن بعضهم أنه أفتى بعدم الوقوع فلا يؤخذ ببعض فتاويهم ويترك البعض الآخر ما دام الكل صحيحاً، وإنما يؤخذ بها جميعاً ويتحقق ذلك بأن تحمل الفتوى بالوقوع على الحالات التي لم يكن التعليق فيها في معنى اليمين وأن تحمل الفتوى بعدم الوقوع على الحالات التي كان التعليق فيها بمعنى اليمين وبذلك ينتفي التعارض.

وقد نص القانون في المادة [٨٩] على أنه لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه، مرجحاً بذلك رأي ابن القيم ومن قال برأيه.

---

(١) إعلام الموقعين (٣/ ٧١).

(٢) إعلام الموقعين (٢٤١- ٢/ ٩٨، ٩٩).

المبحث السادس

في الطلاق باعتبار صفة وقوعه

الطلاق بالنسبة إلى الآثار المترتبة عليه عند جمهور الفقهاء نوعان:

طلاق رجعي وطلاق بائن والبائن نوعان بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى.

والطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي يملك الزوج بعده مراجعة زوجته ما دامت في العدة بدون توقف على رضاها وبدون الحاجة إلى عقد ومهر جديدين.

والطلاق البائن بينونة صغرى: هو الطلاق الذي لا يملك الزوج بعده أن يرجع مطلقته إليه إلا بعقد ومهر جديدين، سواء كانت في العدة أو بعد انتهائها.

والطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يملك الزوج بعده أن يرجع مطلقته إليه ألا بعد أن تتزوج برجل اخر زواجاً صحيحاً ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يفارقها وتنقضي عدتها منه بعد المفارقة أو يموت عنها وتنقضي عدة الوفاة.

الطلاق الرجعي:

الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً، لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ولقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ﴾ [البقرة: ٢٣١].

شرع الله تعالى للرجل إذا طلق أن يمسك زوجته بمعروف بأن يرجعها أو يسرحها بمعروف، بأن يتركها دون مراجعة حتى تنقضي عدتها فتبين منه. ولقوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكۡتُمۡنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرۡحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤۡمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنۡ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗاۚ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وهذا يفيد أن الزوج أحق برد زوجته إلى عصمته إذا كانت في العدة من طلاق رجعي إن أراد الاصلاح ولم يرد مضارة الزوجة.

ولأن في ذلك إعطاء فرصة للزوج إن أراد استمرار الحياة الزوجية، فقد يطلق بدون ترو، وفي جعل الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً إعطاؤه فرصة ليتدارك خطأه وإذا كان الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً فإننا نستطيع أن نعرف متى يكون الطلاق رجعياً، إذا عددنا الحالات التي يكون الطلاق فيها بائناً بينونة صغرى والحالات التي يكون فيها بائناً بينونة كبرى.

الحالات التي يكون الطلاق فيها بائناً بينونة صغرى:

١ - الطلاق قبل الدخول، عند عامة الفقهاء لأنه لا عدة عليها، ولا رجعة إلا في العدة، ولذا يكون بائناً، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ

عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٤٩] والطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة الصحيحة يعتبر بائناً عند جمهور الفقهاء، منهم الحنفية والمالكية والشافعية في الجديد وبعض الحنابلة، مع اختلاف في وجوب العدة بالخلوة حيث يرى الحنفية أن عليها العدة احتياطاً، ولا يرى الآخرون وجوب العدة.

وقال الشافعي في القديم وبعض الحنابلة: الطلاق بعد الخلوة الصحيحة يكون رجعياً وعلى الزوجة العدة من هذا الطلاق.

٢- الطلاق على مال، لأن المقصود من العوض أن تملك الزوجة نفسها بهذا العوض ولا يتحقق إلا بأن يكون الطلاق بائناً، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وقال الزهري وسعيد بن المسيب: الزوج بالخيار بين أن يمسك العوض ولا رجعة له، وبين أن يرده وتكون له الرجعة. ويقع بالمخالعة طلاق بائن أيضاً لأن الطلاق على مال والمخالعة شيء واحد عند الشافعية، إذ الخلع لا يكون عندهم بلا عوض، وتصح المخالعة بلفظ الطلاق وبكنايات الطلاق مع النية.

ويرى المالكية أن الخلع يكون بعوض وهو الكثير الغالب وعليه فلا فرق بينه وبين الطلاق على مال، وقد يكون بلا عوض إذا كان بلفظ الخلع أو ما يدل على معناه كالمبارأة أو المفاداة والصلح، وفي الحالتين يقع الطلاق بائناً عندهم.

ويرى الحنابلة أن الخلع لا يكون إلا بعوض، فإن خالعها بغير عوض ونوى به الطلاق كان طلاقاً رجعياً وإن لم ينو شيئاً لم يقع به شيء، وتصح المخالعة عندهم بالألفاظ الصريحة في الدلالة على المخالعة وهي:

المخالعة، والمفاداة، والمفاسخة، وتصح بالكنايات مثل: بارأتك، وأبرأتك، وأبنتك فإن حصل بلفظ الطلاق وكان على مال سمي طلاقاً على مال لا خلعاً.

ويرى الحنفية أنه يقع بالخلع طلاق بائن لأنه يكون على عوض عندهم ولا يسمى خلعاً إلا إذا كان بلفظ الخلع أو المبارأة فإن كان بغيرهما سمي طلاقاً على مال فإن حصلت المخالعة بغير عوض فقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة فيه، فروى عنه أنه يسمى خلعاً ويقع به الطلاق البائن، وفي رواية أخرى عنه أنه لا يسمى خلعاً ويقع به طلاق بائن أيضاً، لأنه من كنايات الطلاق ويقع بكنايات الطلاق البائن عندهم.

٣- يرى الحنفية أن الطلاق يكون بائناً بينونة صغرى إذا وصف الطلاق الصريح بما يدل على البينونة، كقول الرجل لزوجته أنت طالق بائناً أو البتة أو طلقة شديدة.

أو إذا وصف بأفعل تفضيل يدل على الشدة في الوصف أو الكمية كقول الرجل لزوجته أنت طالق أعظم الطلاق أو أشده أو أكبره. أو إذا شبه الطلاق بما ينبيء عن زيادة في أثره كقول الرجل لزوجته أنت طالق طلقة كالجبل. حيث يقع بالألفاظ السابقة الطلاق البائن، فإن نوى واحدة وقعت واحدة بائنة، وإن نوى اثنتين لم يقع به إلا واحدة، لعدم دلالة اللفظ على العدد ولأنه يدل على صفة وقوع الطلاق، فإما أن يكون رجعياً وإما أن يكون بائناً ولا يقع به الطلاق الرجعي، لأن لفظ البينونة والبتة تعين أن يكون

المراد به البينونة، ولأن وصف الطلاق بأفعل تفضيل يدل على الشدة في الوصف يقتضي زيادة في الأثر المترتب على الطلاق ولا يكون إلا بالبائن، وكذلك الطلاق المشبه بشيء ينبيء عن الزيادة في أثر الطلاق، أما الطلاق المشبه بشيء لا ينبيء عن الزيادة في أثر الطلاق فيقع رجعياً، وذلك كقول الرجل لزوجته: أنت طالق أحسن الطلاق، ويتعين أن يكون المراد بالبائن البينونة الصغرى لأن الكبرى لا تكون إلا عند إرادة الثلاث أو إذا كان الطلاق مكملاً للثلاث.

٤- ويرى الحنفية أن الطلاق بألفاظ الكناية يقع بائناً ما عدا ثلاثة ألفاظ يقع بها رجعياً وهي: اعتدّي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة، وإنما يقع الطلاق الرجعي، لأنها تدل على مجرد وقوع الطلاق إن نواه أو دلت القرينة على إرادة الطلاق دون زيادة في الأثر المترتب عليه، والطلاق يستتبع الرجعة، وما عدا هذه الألفاظ الثلاثة فيقع بها الطلاق البائن بينونة صغرى، إن نوى بها الطلاق أو دلت الحال على إرادة الطلاق بها وتقع طلقة واحدة فقط إن نوى واحدة أو اثنتين، فإن نوى ثلاثاً وقع به ثلاثاً وذلك لأن ألفاظ الكناية تقتضي البينونة دون العدد وهي تحصل بالواحدة، مثاله: أن يقول لزوجته: ابتغي الأزواج أو تقنعي، أو فارقتك[1].

ويرى الحنابلة أنه يقع بألفاظ الكناية الظاهرة عند الاطلاق وعدم إرادة الثلاث طلاقاً بائناً بينونة صغرى في إحدى الروايتين عن أحمد.

وفي الرواية الثانية يقع بها طلاقاً بائناً بينونة كبرى عند الاطلاق وسواء في ذلك المدخول بها وغير المدخول بها، وهذه الرواية أظهر.

وأما الكنايات الخفية فيقع بها طلاقاً رجعياً بالنسبة للمدخول بها، ما لم ينو الثلاث.

وأما الكنايات المختلف فيها ففي صفة الطلاق الواقع بها روايتان عن أحمد رواية تقول إنها كالكنايات الظاهرة، ورواية تقول تأخذ حكم الكنايات الخفية.

٥- الفرقة بسبب الإيلاء: فإذا لم يفيء الزوج الذي آلى من زوجته حتى مضت مدة الإيلاء طلقت زوجته منه طلاقاً بائناً بينونة صغرى عند الحنفية[2] بمضي المدة، ويرى جمهور الفقهاء أن الفرقة لا تحصل بمضي المدة، وإنما يقال للمولى إما أن تفيء الى زوجتك أو تطلقها، فإن طلقها وقع الطلاق بالصفة التي أوقعها الزوج، فقد يوقعه رجعياً وقد يوقعه بائناً، فإن لم يطلق طلق القاضي عليه[3].

٦- الفرقة بسبب اللعان: إذا تلاعن الزوجان أمام القاضي فرق القاضي بينهما عند الحنفية وأحمد في رواية عنه، ويرى المالكية وأحمد في الرواية الثانية أن الفرقة تقع بينهما بتمام لعانهما، وقال الشافعية تحصل الفرقة بمجرد لعان الزوج، والفرقة باللعان طلقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن، وفسخ عند جمهور الفقهاء وهو رأي أبي يوسف من الحنفية[4].

---

(١) شرح فتح القدير (٣/ ٤٠٠).
(٢) الاختيار (٣/ ١٥٣).
(٣) المغني (٧/ ٣٣١)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٥١)، وأسهل المدارك (٢/ ١٦٦).
(٤) مغني المحتاج (٣/ ٣٨٠)، والمغني (٣/ ٤١٣)، والبدائع (٣/ ٢٤٥)، وأسهل المدارك (٢/ ١٧٥).

٧- التفريق للعيوب: إذا ثبت العيب الموجب للتفريق في أحد الزوجين، فقد ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الفرقة تقع بينهما بحكم القاضي وتقع طلاقاً بائناً، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفرقة تقع بينهما باختيار السليم منهما التفريق دون حاجة إلى حكم القاضي، وتعتبر فسخاً لا طلاقاً[١]. ويرى الحنفية أن العيوب التي يفرق القاضي بسببها هي العيوب القائمة بالزوج فللزوجة حق طلب التفريق لذلك، أما العيوب القائمة بالزوجة فلا تفريق بها لأن الزوج يقدر على الطلاق.

٨- التفريق للشقاق والنزاع: يرى المالكية جواز التفريق للشقاق والنزاع، ويقع به عندهم الطلاق بائن[٢].

٩- التفريق للغيبة والحبس: يرى المالكية أن التفريق للغيبة والحبس يقع بائناً لأنه لا يكون إلا بطريق القاضي وكل فرقة يوقعها القاضي تقع بائنة إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق فإنه يقع بهما طلاق رجعي عندهم، ويرى الحنابلة أن الفرقة للغيبة والحبس تكون فسخاً لا طلاقاً، لأنها فرقة من جهة الزوجة، وكل فرقة من جهة الزوجة تعتبر فسخاً لا طلاقاً عندهم[٣].

١٠- التفريق بسبب إباء الزوج الإسلام عند إسلام زوجته عند أبي حنيفة ومحمد حيث تعتبر هذه الفرقة طلاقاً بائناً عندهم، وتعتبر فسخاً عند جمهور الفقهاء[٤].

الحالات التي يكون الطلاق فيها بائناً بينونة كبرى:

١- إذا كان مكملاً للثلاث، لقوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] إلى قوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] أي فإن طلقها بعد الطلقتين السابقتين.

٢- الطلاق بلفظ الثلاث: سواء كان بلفظ لفظ واحد أو ألفاظ متتابعة عند جهمور الفقهاء، وقد سبق تفصيل المسألة.

٣- الطلاق باللفظ الصريح إذا نوى به ثلاثاً عند الشافعية والمالكية وأحمد في رواية[٥]، فإذا قال لزوجته أنت طالق ونوى به ثلاثاً وقع بائناً بينونة كبرى عندهم، ويقع واحدة عند أبي حنيفة وأحمد في الرواية الثانية[٦] ويقع بائناً بينونة كبرى عند الشافعية والمالكية وأحمد في رواية إذا قال أنت طالق أو أنت طالق الطلاق ونوى به ثلاثاً، ونقل عن أحمد أنه يقع به ثلاثاً عند الاطلاق وعدم نية عدد معين[٧]، ويقع

(١) الهداية (٢/ ٢٦)، والمغني (٦/ ٦٥٠)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٠٥).
(٢) حاشية الخرشي (٤/ ١١).
(٣) المغني (٧/ ٥٧٦، ٥٧٧)، وكشاف القناع (٥/ ١٢٤)، حاشية الخرشي (٤/ ١٩٨)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥١٩).
(٤) شرح فتح القدير (٢/ ٥٠٧).
(٥) المغني (٧/ ٣٢١)، وروضة الطالبين (٨/ ٧٥)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٥٤-٣٥٥).
(٦) المغني (٧/ ٣٢١)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٥٤-٣٥٥).
(٧) المغني (٧/ ٣٢٠)، وروضة الطالبين (٨/ ٧٥)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٥٧).

واحدة عند أبي حنيفة وأحمد في الرواية الثانية[1].

٤- الطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات إذا قصد به الثلاث عند الحنفية والشافعية[2].

٥- الطلاق بألفاظ الكنايات الظاهرة عند المالكية، إن نوى واحدة إذا كانت الزوجة مدخولاً بها وإن كانت غير مدخول بها وقع الطلاق بائناً بينونة صغرى ما عدا لفظ بتة فإنه يقع بها ثلاثاً على المدخول بها وغير المدخول بها[3].

٦- الطلاق بألفاظ الكنايات الظاهرة عند الحنابلة عند الاطلاق وعدم إرادة عدد معين سواء كانت مدخولاً بها أم لا، إذا نوى بلفظ الكناية الطلاق[4].

٧- الطلاق بألفاظ الكنايات الخفية إذا قصد بها ثلاثاً عند المالكية والحنابلة[5].

حكم الطلاق الرجعي:

لا خلاف في أن المطلق طلاقاً رجعياً بطلقة واحدة أو اثنتين له حق مراجعة زوجته في أثناء العدة من غير عقد ومهر وبدون رضا الزوجة وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣١] ولقوله تعالى: ﴿فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١]، ويحرم على الزوج أن يراجع زوجته بقصد الاضرار بإطالة عدتها، قال تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [البقرة: ٢٣١] وقال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ويحق للزوج مراجعة زوجته المدخول بها بعد الطلقة الرجعية الأولى والطلقة الرجعية الثانية في أثناء عدتها، قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. فإذا انتهت عدة الطلاق الرجعي فلا يحق أن يراجعها، قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

ولا خلاف بين الفقهاء في أن المطلقة طلاقاً رجعياً ترث من زوجها إن مات وهي في العدة ويرثها الزوج إن ماتت في أثناء عدتها وسواء في ذلك كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها وسواء كان الطلاق في حالة الصحة أم في حال مرض الموت، كما أنه لا يجوز للزوج أن يتزوج من أختها أو عمتها وهي في أثناء عدتها عملاً بالأصل الذي يقضي بتحريم الجمع بين المرأة ومحارمها من النساء، ولا يحل بالطلاق الرجعي المهر المؤجل إلى الأجلين الطلاق أو الوفاة لأن الزوجية باقية في أثناء العدة، فإذا انتهت العدة من غير مراجعة حل المهر المؤجل.

---

(١) الهداية (٢/ ٢٣١)، والمغني (٧/ ٣٢٠).

(٢) روضة الطالبين (٨/ ٧٦)، والمغني (٧/ ٣٢٥)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣٩٩)، والهداية (٢/ ٢٤١).

(٣) جواهر الاكليل (١/ ٣٤٥).

(٤) الكافي (٢/ ١٧٢)، والمغني (٧/ ٣٢٤، ٣٢٦).

(٥) الكافي (٢/ ١٧٢)، والمغني (٧/ ٣٢٨)، وجواهر الاكليل (١/ ٣٤٦).

والطلاق الرجعي: لا يزيل الملك ولا يرفع الحل، ومعنى بقاء الحل: أن تبقى المطلقة رجعياً غير محرمة عليه، ومعنى بقاء الملك: أن الزوج يملك من الحقوق على زوجته المطلقة رجعياً ما كان قبل الطلاق من حق الطاعة والقرار في البيت، وأن الزوجة تملك على زوجها من الحقوق ما كانت تملكه قبل أن يطلقها فلها عليه النفقة والسكنى.

واختلف الفقهاء في حل استمتاع الزوج بزوجته المطلقة رجعياً ما دامت في العدة.

فذهب الحنفية وأحمد في رواية عنه[1] إلى أن للزوج حل الاستمتاع بالزوجة ما دامت في العدة فإن استمتع بها فقد أرجعها لعصمته، فإذا انتهت العدة من غير أن يراجعها زال الملك وبقي الحل، بمعنى أن له أن يعقد عليها عقداً ما لم يمنع من ذلك مانع من موانع النكاح.

وذهب الشافعية والمالكية وأحمد في رواية ثانية[2] أنه لا يحل للزوج أن يستمتع بالزوجة في أثناء عدتها. وقد نصت المادة [٩٧] من القانون على أن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال وللزوج حق مراجعة زوجته في أثناء العدة قولاً أو فعلاً، وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط ولا تتوقف الرجعة على رضاء الزوجة ولا يلزم بها مهر جديد.

حكم الطلاق البائن بينونة صغرى:

الطلاق البائن يزيل الملك بمجرد صدوره، فلا يملك الزوج على الزوجة ما كان له عليها من حقوق في أثناء الزوجية، ولا تملك الزوجة على زوجها ما كان لها عليه من حقوق في أثناء الزوجية إلا إذا كانت حاملاً فيجب لها في زمن العدة النفقة والسكنى، فإن كانت غير حامل فقد ذهب الحنفية والزيدية إلى أن لها النفقة والسكنى.

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة في رواية عن أحمد إلى أن لها السكنى فقط. وذهب الحنابلة في الرواية الثانية عن أحمد إلى أنه لا نفقة ولا سكنى لها، وقد سبق بيان الآراء في المسألة.

والمطلقة طلاقاً باتناً لا يحل الاستمتاع بها في أثناء العدة ويجب عليها أن تستتر عن الزوج فلا ينظر إليها ولا يختلي بها، وإن سكنت في بيت الزوجية في زمن العدة لم يدخل عليها البيت الذي تسكنه حتى لا تكون الخلوة المحرمة، وللزوج أن يعقد عليها عقداً جديداً يملك به ما بقي له من عدد الطلقات، ويحل بالطلاق البائن الصداق المؤجل إلى أقرب الأجلين من الطلاق أو الوفاء.

وإذا توفي أحد الزوجين والمرأة في العدة من الطلاق فلا توارث بينهما ما لم يطلقها الزوج في مرض موته من غير رضاها، فإنه يعتبر فاراً من الميراث فيعامل بنقيض مقصوده فترث منه عند جمهور الفقهاء، وقد سبق بيان آراء الفقهاء في المسألة.

وقد نصت المادتان [٩٨] و [٩٩] على حكم الطلاق البائن بينونة صغرى حيث نصت المادة [٩٨] على أن الطلاق البائن المنصوص عليه في المادة [٩٣] من هذا القانون يزيل الزوجية في الحال، ونصت

---

(١) الهداية (٢/ ٦)، والبدائع (٣/ ١٨٤)، والكافي (٢/ ٦١٨).
(٢) الكافي (٢/ ٦١٨)، والمغني (٧/ ٢٧٩)، حاشية الخرشي (٤/ ١٠٠).

المادة [٩٩] على أنه: إذا كان الطلاق بائناً بطلقة واحدة أو بطلقتين فلا مانع من تجديد النكاح بعده برضاء الطرفين.

حكم الطلاق البائن بينونة كبرى:

يترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى ما يترتب على البائن بينونة صغرى إلا أنه يزيل الحِلّ فتصبح المرأة بالطلاق البائن بينونة كبرى محرمة عليه تحريماً مؤقتاً، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لقوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ ﴾ [البقرة: ٢٣٠] بعد قوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ولا بد لحل المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى من تحقيق الشروط التالية:

١- أن يكون زواجها بالثاني زواجاً صحيحاً، فإن كان فاسداً فإنه لا يحل للأول وإن حصل فيه دخول، لأن النكاح في الشرع إنما يراد به الصحيح لا الفاسد.

٢- أن لا يتزوجها الثاني بقصد حلها للأول، فإن تزوجها بقصد حلها ولم يتجاوز قصده إلى لسانه ولم يشترط في العقد ثم دخل بها، فإنها تحل به لزوجها الأول عند الحنفية والشافعية مع أن العقد مكروه ولا تحل به عند الحنابلة.

أما إذا اشترط في العقد شرطاً ينافي مقتضاه مثل على أن يطلقها بعد الدخول بها فإن هذا العقد غير صحيح عند الشافعية[1] فلا تحل به للزوج الأول، لأن فساد الشرط يقتضي فساد العقد، وذهب الحنفية[2] إلى أن العقد صحيح مع الكراهة وتحل به للأول، والشرط باطل لأن فساد الشرط لا يقتضي فساد العقد عندهم وإنما يلغي الشرط الفاسد ويصح العقد.

والأصل فيما سبق حديث الرسول (ﷺ): «**ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له**» رواه ابن ماجه.

٣- أن يدخل بها الزوج الثاني دخولاً حقيقياً عند جمهور الفقهاء لحديث السيدة عائشة قالت: (جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي (ﷺ) فقالت: كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فبت طلاقي فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله (ﷺ) وقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك) متفق عليه.

وذهب داود الظاهري والشيعة وبعض التابعين منهم سعيد بن المسيب إلى أنه لا يشترط دخول الثاني بها حتى تحل للأول، يكفي لحلها مجرد العقد الصحيح، وذلك لأن لفظ النكاح في القرآن الكريم بمعنى العقد لا بمعنى الوطء وتحل بدخول الصبي المراهق بها، إذ الإنزال ليس بشرط، وقال المالكية: لا يكفي الإيلاج لحلها ولا بد من الإنزال.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من اشتراط الدخول، لحديث امرأة رفاعة، وهو حديث صحيح مبين لمعنى النكاح في الآية وأن المراد به الوطء، ويروي أن سعيد بن المسيب قد رجع عن قوله إلى قول الجمهور.

---

(١) نهاية المحتاج (٦/ ٢٧٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣/ ٧٤٣).

٤- أن يطلقها الزوج الثاني أو يموت عنها وتنتهي عدتها منه في الحالين.

ونصت المادة [١٠٠] على حكم المطلقة بائناً بينونة كبرى حيث جاء بها: (تزول البينونة الكبرى بتزويج المبانة التي انقضت عدتها زوجاً آخر لا بقصد التحليل، ويشترط دخوله بها، وبعد طلاقها منه وانقضاء عدتها تحل للأول).

أحكام الرجعة:

الرجعة في اللغة: مأخوذة من الرجوع، ومعناها العود، يقال: فلان يؤمن بالرجعة أي: بالعودة إلى الدنيا[١].

وفي الاصطلاح الشرعي: لها تعريفات عدة وكلها متقاربة ومفادها: رجوع الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها[٢] وقد تقدم ذكر الأدلة الدالة على مشروعيتها .

والرجعة حق الزوج إلا أنه لا يقبل الإسقاط أو التنازل عنه، فلو قال المطلق أسقطت حقي في الرجعة كان قوله لغواً فللزوج حق رَدِّ زوجته ما دامت في العدة من الطلاق الرجعي الى ما كانت عليه دون رضا الزوجة، لقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ ويستحب للزوج أن يراجع زوجته إن طلقها في الحيض أو في طهر حدث فيه مس عند جمهور الفقهاء، وقال بعض الفقهاء الرجعة واجبة رفعاً للمعصية، ويدل على ذلك حديث ابن عمر حيث أمره النبي (ﷺ) أن يراجع زوجته عندما طلقها في الحيض وقال الجمهور: الأمر الوارد في حديث ابن عمر للندب لا للوجوب، لأن الرجعة لا ترفع المعصية بعد وقوعها.

وقد نصت المادة [٩٣] على أن: الرجعة الصحيحة تكون في أثناء العدة بعد الطلاق الأول والثاني، وأما الطلاق الثالث فتقع به البينونة الكبرى، ونصت المادة [٩٧] على أن: الحق في الرجعة لا يسقط بالإسقاط ولا تتوقف الرجعة على رضاء الزوجة ولا يلزم بها مهر جديد.

بم تحصل الرجعة؟

ذهب الحنفية إلى أنها تحصل بالقول الصريح الذي يحتمل معنى غير الرجعة.

وتحصل بالكناية مع النية، مثل لا أتركك وأنت عندي كما كنت، وتتم الرجعة عندهم بالفعل كالوطء ودواعيه كالتقبيل واللمس بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة وسواء حصل ذلك الفعل من الزوج أو من الزوجة إذا صدر منها بعلمه ولم يمنعها منه، أما إذا صدر منها اختلاساً بأن كان نائماً أو فعلته مع الزوج وهو مكره أو معتوه، فإن الرجعة تثبت عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف[٣]. وبناء على ما سبق فلا تصح الرجعة بالقول من المجنون أو المعتوه والنائم والمغمى عليه، أما السكران فحكم

(١) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (١/ ٢٢).
(٢) الاختيار (٣/ ١٤٧).
(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ٥٧٥).

رجعته حكم سائر تصرفاته، فإن كان قد سكر بسبب محرم فلا تصح رجعته وإن سكر بسبب غير محرم بأن كان غالطاً في شرب المسكر فقد صحت رجعته.

وأما الرجعة بالفعل فإنها تصح من المجنون والمعتوه والسكران والمكره والهازل[١] وذهب الشافعية[٢] الى أن الرجعة تصح بصريح القول بالكناية مع النية، ولا تصح الرجعة بالفعل لأنه يمنع من الاستمتاع بمطلقته الرجعية في أثناء العدة، ولا ينال بالمحظور نعمة استبقاء النكاح.

وبناء عليه فلا تصح من المجنون ولا من المعتوه ولا من المكره ولا من السكران لأن أقوالهم غير معتبرة، وتصح من السفيه والهازل والمفلس، وتصح الرجعة من ولي المجنون والمعتوه[٣].

وذهب المالكية إلى أن الرجعة تصح بالقول الصريح وبالكناية، وتصح الرجعة بالفعل مع النية إذا كانت من الزوج لا من الزوجة لأن حق الرجعة له، وذهب بعض المالكية إلى أن الرجعة تصح بالوطء من غير نية المراجعة[٤]. وعلى ذلك فإن الرجعة لا تصح من المجنون والمعتوه والمكره، لأن أقوالهم غير معتبرة، ولا تصح بأفعالهم، لأن الرجعة بالفعل لا تصح إلا بالنية وليس لهم قصد صحيح.

وذهب الحنابلة[٥] إلى أن الرجعة تصح بصريح القول عندهم، وفي الرجعة بالكنايات وجهان: أحدهما: تصح بها الرجعة والثاني: لا تصح. وفي الرجعة بالفعل وجهان أيضاً: أحدهما لا تصح من القادر على النطق، وتصح من العاجز عنه وهو رواية عن أحمد، والثاني تصح الرجعة بالوطء نوى به الرجعة أم لا وهو رواية ثانية عن أحمد، والوجهان بناء على الروايتين في جواز الاستمتاع بالمطلقة الرجعية في أثناء العدة.

وفي الرجعة بدواعي الوطء وجهان عند الحنابلة[٦].

ولا تصح الرجعة من المجنون ولا من المعتوه وتصح من وليهما[٧]، وإذا كانت الرجعة بالقول فإنه لا يصح فيها التعليق أو الإضافة إلى المستقبل عند الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في أظهر القولين عندهم وتصح في الثاني إذا تحقق الشرط أو جاء الوقت وهي في العدة[٨].

الإشهاد على الرجعة:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في الجديد[٩] وأحمد في رواية إلى أن الإشهاد

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٥٧٥)، وشرح فتح القدير (٣/ ١٦١).
(٢) نهاية المحتاج (٧/ ٥٤)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٣٦).
(٣) نهاية المحتاج (٧/ ٥٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٣٦).
(٤) الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير (٢/ ٦٠٦).
(٥) غاية النهى في الجمع بين الاقناع والمنتهي (٣/ ١٧٩).
(٦) المرجع السابق.
(٧) المرجع السابق.
(٨) المغني (٧/ ٢١٥)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٣٧)، والشرح الكبير (٢/ ٤٢٠).
(٩) الاختيار (٣/ ١٤٨٣)، الشرح الصغير للدردير (٢/ ٦١٦)، والمغني (٧/ ٢٨٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٣٦).

على الرجعة مستحب، وذهب أهل الظاهر والشافعي في القديم وأحمد في رواية إلى أن الإشهاد على الرجعة واجب[١].

وسبب الخلاف هل الأمر في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [الطلاق: ٢] للوجوب أم للندب؟.

فمنهم من قال إنه للندب لأن متوجه إلى الطلاق والرجعة، والإشهاد على الطلاق لا يجب إتفاقاً كذلك الإشهاد على الرجعة، ويدل عليه أن النبي (ﷺ) أمر ابن عمر أن يراجع زوجته حين طلقها وهي حائض ولم يأمره بالإشهاد على الرجعة فيندب الإشهاد على الطلاق والرجعة عندهم، وهؤلاء هم الجمهور ومنهم من صرفه إلى الرجعة وحدها فيندب الإشهاد على الرجعة دون الطلاق لمجيء الأمر بالإشهاد عقب الرجعة، ومنهم من قال إن الأمر للوجوب، فيجب الإشهاد على الطلاق والرجعة معاً، وبهذا قال ابن حزم، ومنهم من جعله للوجوب وصرفه إلى الرجعة وحدها لمجيئه عقبها مباشرة، وبهذا قال الشافعي في القديم، ومنهم جعله للوجوب وصرفه إلى الطلاق وحده، لأن سياق الآية في بيان أحكام الطلاق، وبهذا قال الشيعة الجعفرية[٢].

ولم يشترط القانون لصحة المراجعة الإشهاد عليها ولكن القانون اشترط في المادة [١٠١] تسجيل الطلاق خلال خمسة عشر يوماً من وقوعه وإلا تعرض للعقوبة، وعلى المحكمة أن تبلغ الزوجة الطلاق خلال أسبوع من تسجيله.

الاختلاف في الرجعة:

إذا اختلف الزوجان في حصول الرجعة، فادعى الزوج أنه راجعها وأنكرت الزوجة فإن كانت العدة لا تزال قائمة صدق الزوج لأنه يدعي أمراً يملك إنشاءه في الحال وإن انتهت العدة فقال كنت قد راجعتك في عدتك، فإن صدقته صحت الرجعة لأن النكاح يثبت بالتصادق، فالرجعة من باب أولى، وإن كذبته فعلى الزوج البينة لأن البينة على من ادعى، فإن أقامها حكم له بصدق دعواه ورجوع زوجته إليه، فإن كانت قد تزوجت بآخر فسخ نكاح الثاني لأنه عقد فاسد، وإن عجز عن إثبات دعواه بالبينة فالقول قول الزوجة بيمينها عند صاحبي أبي حنيفة وعليه الفتوى، والقول قولها بلا يمين عند أبي حنيفة.

وإذا تصادق الزوجان على الرجعة واختلفا في زمن وقوعها، فقال الزوج كانت في العدة، وقالت الزوجة كانت بعد انتهاء العدة، فالقول قول الزوجة بيمينها إن كانت المدة بين الطلاق والوقت الذي تدعي فيه انقضاء العدة، تحتمل ذلك وكانت العدة بالحيض، لأنه لا يعلم إلا من وجهتها، وإن كانت المدة لا تحتمل انقضاء العدة وأقلها عند أبي حنيفة ستون يوماً فالقول قول الزوج، لأنه يتبين كذب الزوجة فيما ادعته[٣].

---

(١) المحلى (١٠/ ٢٥١).

(٢) فرق الزواج (ص٢٢١)، وشرائع الإسلام (٣/ ٣٠).

(٣) حاشية ابن عابدين (٢/ ٧٣١)، والبدائع (٣/ ١٨٥).

الفصل الثاني

في التفريق بين الزوجين باتفاق الإرادتين (الخلع)

وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الخلع ومشروعيته وحكمة مشروعيته، والفرق بينه وبين الطلاق على مال.

المبحث الثاني: في التكييف الفقهي للخلع.

المبحث الثالث: في بدل الخلع، ومقداره، وشروطه، والمخالعة على الرضاع أو النفقة أو الحضانة.



المبحث الأول

في تعريف الخلع ومشروعيته وحكمة مشروعيته والفرق بينه وبين الطلاق على مال

تعريف الخلع

الخلع في اللغة: بمعنى النزع، جاء في لسان العرب خلع الشيء يخلعه خلعاً واختلعه كنزعه إلا أن في الخلع مهلة.

والخلع يعني الإزالة، يقال: خلع فلان ثوبه إذا أزاله عن نفسه. وجرى في العرف استعمال الخُلع بضم الخاء لإزالة الزوجية، واستعمال الخَلع بفتح الخاء لإزالة الزوجية[١].

الخلع في الاصطلاح: عرف الفقهاء الخلع بتعريفات عدة نذكر منها:

عرفه الحنفية بأنه: إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض[٢].

وقال ابن الهمام: هو إزالة النكاح ببدل بلفظ الخلع[٣].

والفرقة على مال بغير لفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة لا تعد خلعاً عندهم وإنما تعد طلاقاً على مال إذا كان بلفظ الطلاق أو ما في معناه.

وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض[٤].

وعرفه الشافعية بأنه: فرقة بعوض يأخذه الزوج[٥].

وعرفه الحنابلة بأنه: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج[٦].

وقد سمي هذا النوع من الفرقة خلعاً لأن الله تعالى قد جعل كل واحد من الزوجين لباساً للآخر، فإذا افتدت المرأة نفسها بمال تعطيه لزوجها ليطلقها بائناً، وأجابها إلى ذلك فقد خلع كل منهما لباس صاحبه[٧].

---

(١) لسان العرب (٨/٧٦)، والمعجم الوسيط (١/ ٢٥٠).
(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٣٩).
(٣) شرح فتح القدير (٤/٥٨).
(٤) مواهب الجليل (٤/١٨)، وبداية المجتهد (٢/٦٦).
(٥) روضة الطالبين (٧/ ٣٧٤).
(٦) الانصاف (٨/ ٣٨٢)، وكشاف القناع (٥/ ٢١٢).
(٧) لسان العرب (٨/ ٧٦).

مشروعية الخلع:

الخلع مشروع بالكتاب والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

قال ابن العربي: المراد بهذه الآية: أنه لا حرج على المرأة أن تفتدي ولا على الزوج أن يأخذ إن ظن كل واحد منهما بنفسه أنه لا يقيم حق النكاح لصاحبه[١].

وأما السنة: فما روي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي (ﷺ) فقالت: يا رسول الله: ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله (ﷺ): تردين عليه حديقته، فقالت: نعم، قال رسول الله (ﷺ): «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[٢].

وفي رواية أخرى: أن النبي (ﷺ) قال لها: «أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟» قالت: نعم وزيادة، فقال النبي (ﷺ): «أما الزيادة فلا ولكن حديقته»، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قد قبلت قضاء رسول الله (ﷺ)[٣].

وقد ذهب عامة أهل العلم إلى مشروعية الخلع وجوازه[٤]، وخالف بعض العلماء فقالوا بعدم جوازه منهم أبو بكر عبد الله بن المزني[٥] حيث قال: إن الآية التي تدل على جواز الخلع وهي قوله تعالى: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَإِنۡ أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنٗا وَإِثۡمٗا مُّبِينٗا﴾ [النساء: ٢٠][٦].

وأجيب عن دعوى النسخ بأنها لا تصح لعدم قيام الدليل على تأخر الناسخ عن المنسوخ[٧].

حكمة مشروعية الخلع:

الحكمة من الخلع رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص عندما يفوت الغرض المقصود من

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (٣/ ١٥٦).
(٢) صحيح البخاري مع فتح الباري (٩/ ٣٤٨، كتاب الطلاق باب الخلع).
(٣) سنن الدارقطني (٢/ ٣٩٢).
(٤) روضة الطالبين (٧/ ٣٩٦)، وبداية المجتهد (٢/ ٦٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٦٢)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٧٦٧).
(٥) زاد المعاد (٥/ ١٩٣)، والمغني (٧/ ٥١).
(٦) المغني (٧/ ٥١)، وشرح فتح القدير (٤/ ٥٨).
(٧) المرجعان السابقان.

الزواج، لعدم الانسجام في الحياة الزوجية[1].

وينبغي التنبيه إلى أن طلب الزوجة من زوجها المخالعة من غير حاجة داعية إليه حرام، قال (ﷺ): «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة»[2].

المخالعة الجبرية بطريق القضاء:

الأصل في الخلع أن يتم بتراض بين الزوجين كما سبق بيانه رفعاً للضرر عن الزوجة بمال تبذله للزوج فإذا رفض الزوج أن يخالع الزوجة مع بذلها للمال وكان لك بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة فقد نصت الفقرة (ج) من المادة (١٢٦) من القانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١ على أن للقاضي أن يحكم بتطليق الزوجة بائناً بعد أن يبذل ما في وسعه من الصلح بين الزوجين بنفسه ثم بإرسال حكمين لهذه الغاية فإن تعذر الصلح خلال ٣٠ يوماً واستمر الشقاق والنزاع فرق بينهما بطلقة بائنة شريطة أن ترد له الصداق الذي استلمته وأن تتنازل عن جميع حقوقها الزوجية.

وهذا نص الفقرة المشار إليها: (للزوجين بعد الدخول أو الخلوة أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلب الخلع مبنية باقرار صريح منها أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى أن لا يقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وخالعت زوجها وردت عليه الصداق الذي استلمته منه، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بتطليقها عليه بائناً.

وجاء في الإسباب الموجبة للأخذ بهذه الفقرة معالجة حالة عدم تراضي الزوجين بالمخالعة أتاحت للزوجة اللجوء إلى المحكمة تطلب التفريق بينها وبين زوجها مع استعدادها بالتنازل له عن كامل حقوقها الزوجية وأعادت ما قبضته من مهرها وذلك لأنها تبغض الحياة معه، وقد حدث ذلك في عهد النبي ﷺ إذ أمر الزوجة أن تعيد للزوج حديقته، وأمره بطلاقها، وبه أخذ القانون المصري حديثاً.

وفي رأيي أن للزواج مقاصده، فإذا تعذر تحقيق هذه المقاصد، وأدى إلى نقضها وأصبحت مفاسده أعظم من المصالح المرتجاة منه على الزوجين والأولاد والأهل فإن الأولى انهاؤه، ولهذا شرع الإسلام الطلاق، ونص القانون في حالات كثيرة على التطليق الوجوبي من قبل القاضي رفعاً للضرر عن أحد الزوجين، وهذا لا يختلف في مقصده عن تلك المعاني، لكن ينبغي أن يقيد بقيد هو تعذر الاصلاح بين الزوجين واستحكام الشقاق والنزاع بينهما بحيث يستحيل استمرار الحياة الزوجية وأن لا يحدد علة ثلاثين يوماً فإنها مدة غير كافية لصفاء النفوس وإزالة البغضاء، وحديث زوجة ثابت بن قيس يصلح دليلاً على الأخذ بهذا.

---

(١) الأحوال الشخصية للغندور (ص٤٥٤)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٦٢).

(٢) نيل الأوطار (٧/ ٢).

الفرق بين الخلع والطلاق على مال:

رأي الحنفية:

فرق الحنفية بين الخلع والطلاق على مال فيما يأتي:

١- من حيث الصيغة: فالخلع يكون بلفظ المخالعة أو ما في معناه كالمبارأة. أما الطلاق على مال فيكون بصريح لفظ الطلاق أو ما في معناه.

٢- الطلاق على مال لا بد فيه من ذكر البدل دائماً.

وأما الخلع فإن كان بلفظ خلعتك فلا بد فيه من ذكر البدل وقبول الزوجة، وإن لم يذكر البدل المالي فإنه يكون طلاقاً بلفظ من ألفاظ الكنايات فيقع به طلاقاً بائناً عند الحنفية ورجعياً في القانون المعمول به، إلاّ إذا كان مكملاً للثلاث أو قبل الدخول ولا يحتاج لقبول الزوجة. وإن كان بلفظ خالعتك أو اخلعي نفسك أو اختلعي فلا يحتاج الى ذكر البدل المالي، ويكون البدل هو كل ما لأحدهما على الآخر من حقوق الزوجية من مهر ونفقة زوجية عند أبي حنيفة ولا تسقط نفقة العدة إلا بالنص عليها صراحة وهذا ما أخذ به القانون ونصت عليه المادة [١٠٨].

٣- إذا بطل البدل في الطلاق على مال وقع الطلاق رجعياً دون حاجة لقبول الزوجة إن كان باللفظ الصريح وإن كان بألفاظ الكناية وقصد به الطلاق وقع الطلاق بائناً. وإذا بطل البدل في المخالعة وقع به طلقة بائنة عند الحنفية لأنه من كنايات الطلاق، ويقع به طلاقاً رجعياً في القانون المعمول به، وهذا ما نصت عليه فقرة (ج) من المادة [١٠٢].

٤- يسقط في حالة الطلاق على مال ما اتفقا عليه فقط، وأما في حالة المخالعة فإن سميا مالاً غير المهر فقد لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل ما يتعلق بالمهر ونفقة الزوجية وهذا ما أخذ به القانون ونصت عليه المادة [١٠٥]، وإذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة فقد برىء كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية عند أبي حنيفة ولا تسقط نفقة العدة إلا بالنص عليها كما سبق بيانه، وهذا ما أخذ به القانون ونصت عليه المادة [١٠٦].

ويتفق الخلع والطلاق على مال عند الحنفية فيما يأتي:

١- أن كلاً من الخلع والطلاق على مال يشترط فيه قبول الزوجة ويلزمها العوض إن كانت أهلاً للتبرع.

٢- يقع بكل منهما طلاقاً بائناً إن صح العوض فيها[1].

رأي الشافعية والمالكية:

لا يرى الشافعية والمالكية فرقاً بين الخلع والطلاق على مال فلا يختص الخلع بلفظ معين فيقع

---

(١) البدائع (٣/ ١٥١)، وشرح فتح القدير (٤/ ٢٠٥)، والفتاوى الهندية (١/ ٥٢٥)، والأحوال الشخصية للغندور (ص٤٢٩)، الأحوال الشخصية للبرديسي (ص٤٢٧).

بصريح لفظ الطلاق وكناياته المقترنة بالنية إذا كان على مال. ويرى المالكية أنه إن وقع بلفظ الخلع أو المبارأة أو المفاداة أو الصلح فإنه لا يشترط فيه ذكر العوض والغالب عندهم ذكر العوض بهذه الألفاظ وغيرها[١].

رأي الحنابلة:

يرى الإمام أحمد في رواية عنه والشافعي في القديم أن الفرقة بالخلع تعتبر فسخاً وأما الفرقة بالطلاق على مال فتعتبر طلاقاً بائناً ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في الرواية الثانية أن الفرقة بهما تعتبر طلاقاً لا فسخاً[٢].

واستدل القائلون بأنه فسخ:

١- بما روي عن عباس أنه قال: ذكر الله تعالى الطلاق فقال: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم ذكر الافتداء فقال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

ووجه الدلالة أن الله تعالى ذكر تطليقتين ثم الافتداء -الخلع- وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلاق أربعاً وليس ثلاثاً، فيكون الطلاق الذي لا تحل فيه المرأة المطلقة إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع[٣].

وأجيب عن هذا بأن الطلقة الثالثة هي في قوله تعالى: ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩][٤].

٢- بما روي عن النبي (ﷺ) أنه قال لثابت بن قيس بن شماس: «خذ الذي لها عليك وخل سبيلها» وأمر النبي (ﷺ) زوجته الربيع بنت معوذ أن تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها فلو كانت طلاقاً لأمرها أن تعتد ثلاثة قروء، ولأن العدة إنما جعلت ثلاث حيضات ليطول زمن الرجعة فيتروى الزوج ويتمكن من الرجعة في مدة العدة، وهذه لا رجعة عليها فكان استبراؤها بحيضة[٥].

٣- ولأن الزوجة هي التي بذلت البدل للحصول على الفرقة وليس هذا الشأن في الطلاق، فإنه فرقة يملك الرجل إيقاعها من غير إرادة المرأة[٦].

وقد رجح ابن تيمية وابن قيم الجوزية اعتبار الفرقة بالخلع فسخاً[٧].

---

(١) بداية المجتهد (٢/ ٦٦)، وروضة الطالبين (٧/ ٣٧٧)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٦٢)، والمغني (٧/ ٢٤٩).

(٢) زاد المعاد (٥/ ١٩٧)، والمغني (٧/ ٢٤٩)، وشرح فتح القدير (٤/ ٥٩)، وبداية المجتهد (٢/ ٧٠)، وشرح النيل (٧/ ٢٥٥)، والمبسوط (٦/ ١٧٣)، وروضة الطالبين (٧/ ٣٧٥).

(٣) زاد المعاد (٥/ ١٩٨، ١٩٩).

(٤) شرح النيل (٧/ ٢٥٥).

(٥) زاد المعاد (٥/ ١٩٧)، ونيل الأوطار (٦/ ٢٨٠)، وسنن النسائي (٦/ ١٨٦).

(٦) الإنصاف (٨/ ٢٩٢).

(٧) زاد المعاد (٥/ ٢٠٠).

واستدل القائلون بأنه طلاق بائن:

١- بما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً إلى رسول الله (ﷺ) أن الخلع تطليقة بائنة، وروى هذا عن سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وشريح ومجاهد وابن أبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي وغيرهم[١].

٢- بما رواه مالك عن نافع في قصة خلع الربيع بنت معوذ أن عدة المختلعة عدة المطلقة[٢].

٣- ما ورد في قصة جميلة بنت سلول امرأة ثابت بن قيس أن النبي (ﷺ) قال لثابت: «خذ الحديقة وطلقها تطليقة»[٣].

٤- وقد أخذ القانون برأي جمهور الفقهاء القائل بأن الخلع طلاق بائن بينونة صغرى.

المبحث الثاني

في التكييف الفقهي للخلع

يرى الإمام أبو حنيفة أن الخلع من جانب الزوج يميناً فتراعى فيه أحكام اليمين ومن جانب الزوجة معاوضة لها شبه بالتبرعات فتراعى فيه أحكام المعاوضات والتبرعات.

وإنما اعتبر من جانب الزوج يميناً لأنه علق الطلاق على شرط هو العوض المالي الذي تدفعه الزوجة إلى الزوج، فهو في معنى اليمين كالطلاق على شرط. وإنما اعتبر من جانب الزوجة معاوضة لها شبه بالتبرعات، لأنها تدفع مال عوضاً عن الطلاق، ولكنها ليست معاوضة محضة كما هو الأمر في البيوع لأن الزوج لا يدفع عوضاً مالياً مقابل ما تدفعه الزوجة، فكان ما دفعته الزوجة في الخلع معاوضة لها شبه بالتبرعات.

ويترتب على اعتباره يميناً من جانب الزوج معاوضة لها شبه بالتبرعات من جانب الزوجة ما يأتي:

١- لا يجوز للزوج الرجوع عن إيجابه قبل قبولها، لأن التعليقات لا يجوز الرجوع فيها ولا يعتبر قيامه من المجلس رجوعاً عن إيجابه، لأنه لا يحق له الرجوع عن الإيجاب بالألفاظ الصريحة أو ما يدل على ذلك.

أما الزوجة فيجوز لها أن ترجع عن الإيجاب قبل قبول الزوج، لأن المعاوضات يصح فيها الرجوع عن الإيجاب، ويعتبر قيامها من المجلس قبل قبوله رجوعاً عن الإيجاب.

٢- للزوج أن يعلن إيجابه على شرط أو أن يضيفه إلى زمن في المستقبل، ولا يجوز للزوجة إضافة

---

(١) المبسوط (٦/١٧٣)، والمغني (٧/٥٦).

(٢) شرح الموطأ (٣/١٨٥).

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري (٩/٣٤٨)، وسنن النسائي (٦/١٦٩).

الإيجاب منها إلى زمن مستقبل لأن عقود المعاوضات لا تكون إلا بصيغة منجزة.

٣- لا يجوز للزوج أن يشترط لنفسه خيار الشرط في الخلع لأنه من شأن عقود المعاوضات، ويجوز للزوجة أن تشترط لنفسها خيار الشرط مدة معينة فتقول مثلاً قبلت المخالعة على كذا من المال ولي الخيار ثلاثة أيام.

٤- يشترط في الزوج أن يكون أهلاً لإيقاع الطلاق فلا يصح خلع الصبي المجنون والمكره ويصح الخلع من المحجور عليه لأن اليمين تصح منه ولا تصح من الصبي والمجنون وقد نصت الفقرة (أ) من المادة [١٠٢] على أنه: يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

وأما الزوجة فيشترط لصحة الخلع منها أن تكون بالغة عاقلة رشيدة لها أهلية التصرف والتبرع بأموالها لأنه من جانبها معاوضة فيها معنى التبرع، والتبرع بأموالها.

فإذا خالعت البالغة العاقلة غير الرشيدة أو المحجور عليها لسفه زوجها وقبل الزوج فإنه يقع به الطلاق ولا يلزمها المال إلا بموافقة وليها في الأموال، فإن خالع الولي الزوج على مال التزم هو بدفعه من ماله صح الخلع ولزم العوض، وإن خالعه على مهر الزوجة أو مالها فيقع الطلاق ولا يلزم المال لأن العوض في الخلع فيه معنى التبرع، وليس لأحد أن يتبرع من مال غيره.

وقد نصت فقرة (ب) من المادة [١٠٢] على أن: المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا اختلعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي الأمر.

وإذا خالع الزوج زوجته غير المميزة أو المجنونة فإن الطلاق لا يقع ولا يثبت المال لعدم قبول عبارتها.

وإذا خالع الزوج زوجته المريضة مرض الموت صح الخلع ويأخذ العوض المصالح عليه حكم الوصية، فيشترط في العوض ألا يزيد على ثلث التركة. فإن ماتت وهي في العدة أخذ الزوج الأقل من العوض في المخالعة، أو ثلث التركة أو ميراثه منها، وإنما كان الأمر كذلك خشية أن تتواطأ الزوجة مع زوجها فتقصد بالمخالعة حرمان الورثة من حقهم. فإن ماتت بعد العدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع أو ثلث التركة، لأن سبب الميراث الزوجة وقد انقطع، وإن أجاز الورثة له أخذ الزائد على الثلث فله ذلك[١].

ويرى جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أن الخلع معاوضة بين الجانبين وعليه يترتب الأحكام التالية:

١- يجوز لكل من الزوجين الرجوع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر، وقيام أحدهما من المجلس قبل قبول الطرف الآخر يعتبر رجوعاً أو إعراضاً كما هو الأمر في عقود المعاوضات. وقد أخذ القانون برأي الجمهور في المادة [١٠٣] حيث نصت على أنه: لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر.

٢- ليس لأي من الزوجين أن يعلق قبوله على شرط أو يضيفه إلى المستقبل.

(١) انظر فيما سبق: البدائع (٣/ ١٤٥)، والمبسوط (٦/ ٧٣)، وحاشية ابن عابدين (٢/ ٥٧٣).

٣- يجوز لكل من الزوجين أن يشترط لنفسه الخيار مدة معلومة.

٤- يشترط في الزوج أن يكون أهلاً لإيقاع الطلاق، فيقع طلاق المحجور عليه لسفه، ويشترط في الزوجة أن تكون رشيدة لأنها تبذل من جانبها مالاً ولا بد لصحة ذلك من الرشد، ويشترط فيها أن تكون محلاً له فالزوجة والمعتدة من طلاق رجعي محل للمخالعة والمعتدة من طلاق بائن ليست محلاً للمخالعة، لأن المستفاد بالمخالعة البينونة وقد حصلت لها[1]. وقد نصت المادة [١٠٢]، الفقرة (أ) على أنه: يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محلاً له.

المبحث الثالث

في بدل الخلع

سبق أن بينا أن حكمة مشروعية الخلع هي رفع الضرر عن الزوجة بتمكينها من الخلاص عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج وقد يكون السبب من الزوجين أو من أحدهما فإن كان من الزوجين فللزوج أخذ عوض عن المخالعة، قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة:٢٢٩]. وإن كان من الزوجة فللزوج أخذ عوض عن المخالعة كذلك. وإن كان من الزوج فلا يحل له أن يأخذ عوضاً عن المخالعة، قال تعالى: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[2] وقال بعض الفقهاء يجوز الخلع مع إضرار الزوج بالزوجة[3]، وذهب بعض الفقهاء منهم عطاء وابن سيرين وأبو قلابة والحسن البصري إلى أنه لا يحل للزوج أن يأخذ شيئاً من الزوجة في المخالعة ولو كانت الإساءة من جانبها إلا أن تأتي بفاحشة مبينة[4] قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ﴾ [النساء: ١٩].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور لمخالفة الآراء الأخرى ظاهر القرآن الكريم، ولأن الإجماع منعقد على حرمة أخذ المسلم مال أخيه بغير حق وفي إمساكها لا لرغبة بل لأجل المال إضرار بها وتضييق عليها وقال سبحانه: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣١][5].

مقدار البدل في الخلع:

ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية إلى أنه يجوز للزوج أن يأخذ من المرأة ما تراضيا عليه عوضاً عن المخالعة سواء كان أقل مما أعطاها أم أكثر منه[6].

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٢٦٩)، والمهذب (٢/ ٧٢)، والشرح الصغير (٢/ ٥١٨)، والمغني مع الشرح الكبير (٨/ ١٧٥).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٦٨)، والمحلى (١٠/ ٢٣٦)، وشرح فتح القدير (٤/ ٢٠٣)، والاختيار (٣/ ١٥٧)، وتحفة الفقهاء (٢/ ٣٠١).

(٣) بداية المجتهد (٢/ ٦٨).

(٤) المحلى (١٠/ ٢٣٦)، وبداية المجتهد (٢/ ٦٨).

(٥) الأحوال الشخصية للغندور (ص٤٦١).

(٦) تكملة المجموع للمطيعي (١٦/ ٦).

واستدلوا بظاهر القرآن الكريم وآثار الصحابة.

قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فإنه تعالى نفى الإثم في أخذ الرجل من زوجته مقابل طلاقها قليلاً كان أم كثيراً. وقد أخرج ابن سعد عن الربيع قالت: كان بيني وبين زوجي كلام فقلت له: لك كل شيء وفارقني، قال: قد فعلت، فأخذ كل شيء مني، فجئت عثمان وهو محصور فقال: الشرط أملك، خذ كل شيء حتى عكاص رأسها، فقد أجاز عثمان رضي الله عنه أن يخالعها بأكثر من المهر ولم ينكر عليه أحد من الصحابة مع اشتهاره فكان إجماعاً[١].

وذهب أحمد وإسحاق والزهري وطاووس وميمون بن مهران والأوزاعي إلى أنه لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها وروى هذا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه[٢]. ومن هؤلاء من قال بكراهة الزيادة ومنهم من قال بحرمتها[٣]. واحتجوا بما روي أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبي سلول وكان صداقها حديقة فلما أرادت المخالعة قال لها النبي (ﷺ): «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم وزيادة، فقال النبي (ﷺ) «أما الزيادة فلا ولكن حديقته»، فقالت: نعم، فأخذ ماله وخلى سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت قال: قد قبلت قضاء رسول الله (ﷺ)[٤]. وإسناده صحيح.

وبما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: لا يأخذ منها فوق ما أعطاها[٥].

وبما روي عن التابعين قال: إن أخذ زيادة على صداقها فالزيادة مردودة إليها وقال الزهري: لا يحل له أن يأخذ أكثر مما أعطاها وقال ميمون بن مهران: إن أخذ منها أكثر مما أعطاها لم يسرح بإحسان[٦].

والذي أميل إليه هو ترجيح قول من ذهب إلى عدم جواز أخذ الزيادة على المهر عملاً بالرواية التي تمنع أخذ الزيادة، وحتى لا يكون ذلك مانعاً من وصول المرأة إلى حقها في المخالعة خصوصاً إذا كان النشوز من الزوج أو منهما معاً وتعذر الاصلاح.

وقد أخذ القانون برأي الحنفية عملاً بالمادة [١٨٣] فأجاز أن يأخذ في المخالعة أكثر مما دفعه للزوجة.

شروط العوض:

يصح أن يكون العوض في المخالعة مالاً مُتقوّماً أو دَيناً أو منفعة، ويصح أن يكون العوض إرضاع الزوجة ولده منها ولمدة معينة أو حضانته مدة معينة أو الإنفاق عليه مدة معينة. وقد نصت المادة [١٠٤] من القانون على جواز ذلك كله حيث جاء فيها: (كل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع).

وإذا تصالح المتخالعان على مال غير المهر فقد لزم أداؤه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق

---

(١) مصنف عبد الرزاق (حديث رقم / ١١٨٥٠) وسنده حسن، تكملة المجموع (١٦/ ٦ - وما بعدها).

(٢) المغني (٧/ ٥٢)، وزاد المعاد (٥/ ١٩٤).

(٣) زاد المعاد (٥/ ١٩٥).

(٤) سنن الدارقطني (ص٣٩٢)، وقد أخرج الحديث بروايات أخرى البخاري في صحيحه (٩/ ٣٤٨) والنسائي في السنن (٦/ ٢٨٦) وأبو داود في السنن (ورقمه ٢٢٢٥).

(٥) مصنف عبد الرزاق، حديث رقم (١١٨٤٤).

(٦) زاد المعاد (٥/ ١٩٤).

بالمهر ونفقة الزوجية وعليه نصت المادة [١٠٥]، لأن مقتضى المخالعة على مال غير المهر يفيد سقوط الحقوق الثابتة حين المخالعة المتعلقة بالمهر والنفقة ولا تسقط نفقة العدة لأنها لا تجب إلا بعد المخالعة، وقد نصت المادة [١٠٨] على أن نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في عقد المخالعة. وإذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة فقد برىء كل منهما من حقوق الآخر المتعلقة بالمهر والنفقة الزوجية. المادة [١٠٦].

وإذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقعت بها طلقة رجعية المادة [١٠٧] لأن شرط المخالعة أن تكون على عوض فلما انقضى البدل كان لفظ المخالعة من ألفاظ الطلاق الكنائي، ويقع به طلقة رجعية إن لم يكن مكملاً للثلاث على ما سبق بيانه عملاً بالمادة [٩٤].

جعل الرضاع أو النفقة أو الحضانة عوضاً عن المخالعة:

تصح المخالعة على أن ترضع الزوجة ولمدة معينة مدة الرضاع أو على أن تنفق عليه مدة معلومة أو على أن تحضنه بغير أجر، وذلك كأن يقول لها خالعتك على أن ترضعي ولدي مدة سنتين بلا أجر أو تنفقي عليه مدة سنة أو على أن تقومي بحضانته مدة ثلاث سنوات بلا أجر وذلك لأن أجرة رضاعه ونفقته وحضانته مستحقة على الأب، فإن قبلت الزوجة المخالعة على هذا العوض صحت المخالعة[١].

فإذا ماتت الزوجة قبل أن ترضعه أو قبل أن تنتهي مدة الرضاع أو تركت الولد فلم تقم بحضانته أو الإنفاق عليه المدة المقررة كلها أو بعضها أو تزوجت فسقط حقها في حضانته رجع عليها في حال الحياة وعلى تركتها في حال الموت بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية وإلى هذا ذهب الحنفية[٢] وهو أحد قولي الشافعية وقول عند الحنابلة[٣] وبه أخذ القانون في المادة [١٠٩].

والقول الثاني للشافعية والحنابلة[٤] يرجع عليها بمهر المثل أو بما بقي بأن يقسط ما بقي من مهر المثل وإذا مات الولد قبل تمام مدة الرضاع أو قبل أن تنفق عليه رجع عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية عند الحنفية وبعض المالكية[٥]، وذهب المالكية[٦] في الراجح عندهم إلى أنه إذا مات الولد قبل تمام المدة يسقط عن أمه أجرة ما بقي منها وبهذا أخذ القانون في المادة [١٠٩].

وذهب الشافعية والحنابلة في الراجح عندهم[٧] إلى أنه يرجع عليها بمهر المثل قبل البدء في الرضاعة وبما بقي من مهر المثل بعد تسقيط ما بقي على مهر المثل.

وفي رأيي أنه إذا ماتت الأم أو تزوجت أو تركت الطفل فإنه يرجع عليها بمهر المثل أو بما بقي بعد

---

(١) الأم (٥/ ٢٠١)، والانصاف (٨/ ٤٠٠)، والبدائع (٣/ ١٤٩).

(٢) البدائع (٣/ ١٤٩).

(٣) الانصاف (٨/ ٤٠٠)، وروضة الطالبين (٧/ ٤٧).

(٤) المرجعين السابقين.

(٥) البدائع (٣/ ١٤٩)، وشرح منح الجليل (٢/ ١٩٧).

(٦) شرح منح الجليل (٢/ ٢٩٧).

(٧) المغني (٧/ ٦٥).

أن يسقط الباقي من مهر المثل وقد سبق أن رجحت القول الذي يرى أن العوض في المخالعة لا يجوز أن يزيد على المهر. وجعل العوض في المخالعة الإنفاق على الولد مدة عشر سنوات مثلاً يفضي إلى الجهالة، فالنفقة تختلف من وقت لآخر، وقد اشترط الفقهاء لصحة المخالعة أن تكون المدة معلومة قطعاً للجهالة ولم تشهد أزمنتهم اضطراباً في أسعار الأموال كما هو الحال في زماننا.

ويمكن أن نقول برأي الحنفية إذا اشترطنا مدة معلومة للإرضاع والإنفاق على الولد وقدرنا ذلك بالنقود في مجلس المخالعة فإذا خالعته على أن تنفق على الولد عشر سنوات قدرت النفقة فيها في المجلس بثلاثة آلاف دينار مثلاً فإن أنفقت عليه مدة خمس سنوات ثم ماتت أو امتنعت عن الإنفاق رجع عليها بألف وخمسمائة دينار. وفي صورة موت الولد فإني أرى ترجيح الرأي الراجح عند المالكية بأن الأب لا يرجع بشيء وهو ما أخذ به القانون. وقد نصت المادة [١٠٩] على ما يأتي: إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو حضانته أو اشترط إمساكها بلا أجرة مدة معلومة أو إنفاقها عليه فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية، أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت.

إعسار المخالعة على الإنفاق بالنفقة:

إذا خالع زوجته على عوض هو الإنفاق على ولده منها مدة معلومة ثم أعسرت بالنفقة فإن الأب يجبر على الإنفاق على الولد وتكون دَيناً على الأم إذا أيسرت، وعلى هذا نصت المادة [١١٠] حفاظاً على حق الولد، وإذا كان للأب دَين على حاضنة الصغير فإنه لا يجوز أن تتم المقاصة بين دين الأب وبين نفقة الولد المستحقة على أبيه وعلى هذا نصت المادة [١١٢].

المخالعة على إسقاط حق الأم في الحضانة:

إذا اشترط الزوج في المخالعة أن يمسك الولد عنده مدة الحضانة، وأن لا تطالب الأم بحضانته واتفقا على ذلك، فإن هذا الشرط باطل، ويصح الخلع، لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة[1]. وهذا ما نصت عليه المادة [١١١] حيث جاء فيها: (إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحضانته الشرعية أخذه منه، ويلزم أبوه بنفقته فقط إن كان الولد فقيراً.

وأرى أن يلتزم الأب بأجرة الحضانة أيضاً لأنها حق للصغير وهذا ما أخذ به القانون الكويتي في المادة [١١٨].

---

(١) حاشية ابن عابدين (٢/ ٧٨٢).



الفصل الثالث

في التفريق الوجوبي بين الزوجين بطريق القضاء أو بحكم الشرع

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التفريق بين الزوجين بطريق القضاء، وفيه خمسة مطالب.

المبحث الثاني: التفريق بين الزوجين بحكم الشرع. وفيه ثلاثة مطالب.



المبحث الأول

في التفريق بين الزوجين بطريق القضاء

المطلب الأول

التفريق للشقاق والنزاع

أمر الله تعالى الأزواج بحسن العشرة، قال الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]، وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فإذا فعلا ذلك تحقق بينهما السكن وتوافرت لديهما المودة وكان الزواج من أكبر النعم على الإنسان ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١].

ولم يجعل الله تعالى للزوج على زوجته سبيلاً ما دامت تفي بحقوق الزوجية، فإن نشزت فقد خوله الشارع سلطة التأديب في حدود ما أمر، قال تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٤-٣٥].

وقد بينتُ في القسم الأول طرق التأديب ووسائله، فإذا تجاوز الحد المشروع فهل يجوز للزوجة في حالة النزاع والشقاق المستحكم أن تطلب التفريق أم ليس لها ذلك ؟ اختلف الفقهاء في اعتبار الشقاق سبباً للتفريق على مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب الحنفية والشافعية وأحمد في رواية عنه والظاهرية إلى أنه ليس للمرأة ذلك[1] فإن رفعت الأمر إلى القاضي طالبة التفريق للنزاع والشقاق فعلى القاضي أن يزجره ويمنعه من الظلم، ولا يجيبها إلى طلبها، ويرسل القاضي حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة للإصلاح بين الزوجين عند استحكام النزاع والشقاق.

واستدلوا:

١- بأن ظهور الظلم من الزوج لا يستدعي التفريق بين الزوجين، حيث يستطيع القاضي رفع الظلم بغير الطلاق، بأن يأمر الزوج بالعشرة بالمعروف، فإن لم يذعن لأمر القاضي عَزَّره حتى يكف عن إيذائها، وإذا كان الشقاق من الزوجة أمرها بالاستقامة. وإذا كان رفع الضرر ممكناً من غير تفريق فإنه لا

---

(١) المغني (٨/١٦٩)، وبداية المجتهد (٢/٩٨)، والبدائع (٢/٣٣٤)، والمحلى (٧/١٠٩)، ومغني المحتاج (٣/٢٦١).

يجوز اللجوء إلى الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله تعالى[(١)].

٢- الفراق يحصل بالطلاق أو المخالعة، والطلاق حق الرجل، وبذل المال في المخالعة حق المرأة، فلا يجوز إلا بإذنهما، ولا ولاية لأحد عليهما مع الرشد، فلا يجوز للقاضي التفريق بينهما بدون رضى منهما[(٢)].

٣- إن مهمة الحكمين الإصلاح بين الزوجين وليس التفريق بينهما لقوله تعالى: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾ [النساء: ٣٥]، ثم إن الحكمين وكيلان عن الزوجين، والوكيل ليس له أن يتصرف إلا فيما وكل فيه، فلا يملكان التفريق بدون إذن الأصيل[(٣)].

المذهب الثاني:

ذهب المالكية وأحمد في الرواية الثانية إلى أن للزوجة الخيار بين الإقامة معه ويأمره القاضي بأن يحسن معاشرتها بالمعروف وبين أن تطلب التفريق، فإن اختارت التفريق وثبت الضرر أمره القاضي بأن يطلقها، فإن لم يفعل طلق عليه القاضي[(٤)].

واستدلوا:

١- بأن الشقاق يفسد الحياة الزوجية، فيكون إمساك الزوجة معه مخالفاً لأمر الله: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ﴾ فيتعين التسريح بإحسان[(٥)].

٢- لأن إمساك الزوجة على وجه الإضرار ممنوع شرعاً لقوله: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ﴾ [البقرة: ٢٣١]، ولا شك في أن الشقاق بين الزوجين سببه اعتداء أحدهما على الآخر، ورفع الظلم والعدوان الناتج عن الشقاق واجب، فإذا تعين التطليق سبيلاً لرفعه كان مشروعاً[(٦)].

٣- إن الله سبحانه أسند إلى الحكمين الإرادة في الإصلاح، وهذا يدل على أنهما حاكمان لا وكيلان، لأن المعتبر في التوكيل إرادة الموكل لا الوكيل[(٧)].

وقد أخذ القانون برأي المالكية حيث نصت المادة [١٣٢] على جواز التفريق للشقاق والنزاع إذا أثبته المدعي منهما، (إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية.

أ- إذا كان طلب التفريق من الزوجة وأثبتت إضرار الزوج بها بذل القاضي جهده في الإصلاح

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي (١/ ٤٢٣).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٢٦١).

(٣) أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٩٣)، والبدائع (٢/ ٣٣٤)، والمغني (٨/ ١٦٧).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٩٩)، والمغني (٨/ ١٦٩).

(٥) بداية المجتهد (٢/ ٩٩).

(٦) المغني (٨/ ١٦٩).

(٧) الجامع لأحكام القرآن (٣/ ١٧٧) والمغني (٨/ ١٦٩).

بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر الزوج بأن يصلح حاله معها، وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكمين.

ب- إذا كان المدعي هو الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق بذل القاضي جهده في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أجل القاضي دعواه مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا أصر على دعواه ولم يتم الصلح أحال القاضي الأمر إلى الحكمين.

وذكر القانون في الفقرة (ج، د، هـ، و، ز، ح، ط) ما يشترط في الحكمين وأسلوب معالجتهما للشقاق والنزاع وصلاحياتهما واختلافهما في تقدير العوض المستحق على الزوج أو مقدار نسبة الإساءة من أحد الزوجين.

جـ- يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حَكّم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح.

د- يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما، أو مع جيرانهما أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه، وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه، فإن رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقراها.

هـ- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يقل عن المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية لو طلقها بنفسه.

و- إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما، وإن جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما.

ز- إذا حكم على الزوجة بأي عوض وكانت هي طالبة التفريق فعليها أن تؤمن دفعه قبل قرار الحكمين بالتفريق ما لم يرض الزوج بتأجيله، وفي حالة موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق على البدل ويحكم القاضي بذلك، أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضاً فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين.

ح- إذا اختلف الحكمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما ثالثاً مرجحاً، وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية.

ط- على الحكمين رفع التقرير إلى القاضي بالنتيجة التي توصلا إليها، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقاً لأحكام هذه المادة.

صفة التفريق للنزاع والشقاق:

نصت المادة [١٣٣] على أن (الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن).

المطلب الثاني

التفريق للغيبة أو الفقد أو الهجر

اختلف الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب فقد الزوج أو غيبته عن زوجته مدة طويلة يلحق الزوجة بها الضرر أو تخشى على نفسها الفتنة جرّاءها، على مذهبين:

المذهب الأول: للزوجة الحق في طلب التفريق للفقد أو الغيبة إن لحقها الضرر بسبب الغيبة وكان غيابه بغير عذر، وإلى هذا ذهب المالكية والحنابلة وهو قول عند الشافعية[١].

واستدلوا:

١- بقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكُۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُۢ بِإِحْسَٰنٍۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وبقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ۚ﴾ [البقرة: ٢٣١].

فقد خير الله الأزواج بين أمرين: الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، وليس من المعروف أن تكون الزوجة كالمعلقة، وهذا إضرار بها، وقد يعرضها للفتنة، وقد نهى الله عن إمساك الزوجة بقصد الإضرار[٢].

٢- ولأنه إذا جاز فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعنة فلأن يجوز التفريق بسبب الفقد أو الغيبة من باب أولى[٣].

٣- ولما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل)[٤].

المذهب الثاني: ليس لزوجة المفقود الحق في طلب التفريق بسبب الفقد أو الغيبة سواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والزيدية. ويرى القائلون بهذا الرأي أن لا يفرق بين المفقود وزوجته إلا إذا حكمنا بموته، وإنما يحكم بموته عندهم بموت أقرانه[٥].

واستدلوا على عدم التفريق بالفقد أو الغيبة بما يأتي:

١- بما روي عن المغيرة بن شعبة أن النبي (ﷺ) أمر امرأة المفقود أن تصبر حتى يأتيها البيان[٦]، وإذا كان هذا في إمرأة المفقود فالتي غاب زوجها أولى بالانتظار حتى يرجع.

---

(١) شرح فتح القدير (٦/ ١٤٥)، وبداية المجتهد (٢/ ٥٢)، والاختيار (٣/ ٣٧)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٩٧)، والروضة (٨/ ٤٠٠).

(٢) سبل السلام (٣/ ٢٠٨) ومغني المحتاج (٣/ ٣٩٧).

(٣) مغني المحتاج (٣/ ٣٩٧).

(٤) شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ١٩٩).

(٥) مغني المحتاج (٣/ ٣٩٧)، وشرح فتح القدير (٦/ ١٤٧)، والروضة (٨/ ٤٠٠)، والمحلى (٧/ ١٤٢).

(٦) السنن الكبرى (٣/ ٣١٢).

٢- وبما روي عن علي بن أبي طالب قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق[١].

٣- ولأن المفقود لا يورث ماله حتى يغلب على الظن موته، فلذلك لا يفرق بينه وبين زوجته حتى يغلب على الظن موته[٢].

التفريق للفقد والغيبة والهجر في القانون:

أخذ القانون بالرأي القائل بجواز التفريق للفقد والغيبة، حيث جاء في المادة [١٢٣]: إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بُعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

ونصت المادة [١٢٤] على أنه إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها إذا لم يحضر للإقامة معها أو نقلها إليه أو يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة بعد تحليفها اليمين.

ونصت المادة [١٢٥] على أنه إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم، ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة، وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى طلق القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل، وفي حالة عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى.

أما المفقود فقد نصت المادة [١٣١] على حكمه حيث جاء فيها:

(إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالاً من جنس النفقة وطلبت منه تفريقها لتضررها من بعده عنها، فإذا يئس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده، فإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود وكانت مصرة على طلبها يفرق القاضي بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث).

أما إذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة أو إثر غارة جوية أو زلزال أو ما شابه ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده، وبعد البحث والتحري عنه. وأرى أن في المدة التي ضربها القانون للتفريق في حالة فقد الزوج زمن الأمن وعدم الكوارث هي مدة طويلة، وإذا كان القانون أراد الأخذ باجتهاد سيدنا عمر رضي الله عنه فإنه ينبغي أن ينظر إلى أن الظروف قد اختلفت فقد تقدمت وسائل الاتصال بحيث يمكن الوصول إلى غلبة الظن في مدة زمنية أقل، ولذا فإنني أرى أن تكون المدة في كل الأحوال لا تزيد عن سنة.

---

(١) مصنف عبد الرزاق (٧/ ٩٠).
(٢) شرح فتح القدير (٦/ ١٤٧)، والبدائع (٦/ ١٩٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٩٧).

المطلب الثالث

التفريق للحبس

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للحبس على مذهبين:

المذهب الأول: عدم جواز التفريق بالحبس، وهذا مذهب الحنفية والشافعية، واحتجوا بالأدلة التي استدلوا بها على عدم جواز التفريق للفقد أو الغيبة.

المذهب الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق للحبس، واحتجوا بالأدلة التي استدلوا بها على جواز التفريق للفقد أو الغيبة، وقد أخذ القانون بالرأي القائل بجواز التفريق للحبس إذا حكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية حكماً نهائياً مدة ثلاث سنوات فأكثر ومضى سنة على حبسه، والطلاق الذي يوقعه القاضي يكون طلاقاً بائناً، فقد نصت المادة [١٣٠] على أنه: (لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقييد حريته التطليق عليه بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

المطلب الرابع

التفريق للإعسار بالمهر والنفقة

لقد سبق أن بينت آراء الفقهاء في المسألة عند الحديث عن المهر ونفقة الزوجة فيرجع إليه.

المطلب الخامس

التفريق للعيوب

العيب: الوصمة، وعاب الشيء: صار ذا عيب، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا﴾ [الكهف: ١٨] أي: أجعلها ذات عيب، والجمع أعياب وعيوب[١].

مشروعية التفريق بين الزوجين للعيوب:

قد يحدث بأحد الزوجين عيب يمنع من تحقيق مقاصد عقد النكاح كلها أو بعضها، أو يؤدي إلى النفرة وعدم استتباب الحياة الزوجية، فهل يحق لأحدهما أن يطلب التفريق بسبب العيب القائم بالزوج الآخر؟.

اختلف الفقهاء في جواز التفريق للعيوب على مذهبين:

---

(١) لسان العرب (١/ ٦٣٣).

المذهب الأول:

ذهب ابن حزم إلى عدم جواز التفريق بين الزوجين للعيوب مطلقاً، سواء أكان العيب في الرجل أو في المرأة، وسواء أكان موجوداً قبل الدخول أم حادثاً بعده[1]، وإلى هذا ذهب الشوكاني[2] وصاحب الروضة الندية[3] وآخرون.

وقال ابن حزم إذا اشترط الزوج أو الزوجة في عقد النكاح السلامة من العيوب فوجد عيباً أي عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة دخل أو لم يدخل، لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج، ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك، فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما[4].

واحتج: بأن عقد الزواج قد صح بكلمة ا عز وجل وسنة رسوله (ﷺ)، ومن فرّق بينهما بغير القران أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ﴾ [البقرة: ١٠٢].

واستدل ابن حزم أيضاً بما روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها بأن رفاعة القرظي طلق امرأته فبتّ طلاقها، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، فجاءت إلى النبي (ﷺ) فقالت يا رسول الله! إني كنت تحت رفاعة، فطلقني فبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمٰن بن الزبير، وأنه والله ما معه إلا مثل هدبة الثوب، وأخذت بهدبة من جلبابها، فتبسم رسول الله (ﷺ) ضاحكاً وقال: «لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[5] فقد رفض النبي (ﷺ) شكواها ولم يفرق بينهما مع أنها ذكرت أنه لم يطأها وأنها تريد مفارقته لأن ما معه مثل هدبة الثوب[6].

وأجيب عما استدل به ابن حزم من حديث رفاعة بأن التفريق لا يكون إلا باعتراف الزوج، ولم يرد في الخبر اعتراف منه، بل روي أنه أنكر ذلك وقال: إني لأعركها عرك الأديم[7].

وأجيب أيضاً بأن استدلال ابن حزم بقصة رفاعة لا يصح إذ إنها لم تطلب الفسخ، بل فهم منها (ﷺ) أنها تريد أن يراجعها رفاعة، فأخبرها أنها لا تحل لرفاعة إلا أن تذوق عسيلة عبد الرحمٰن ويذوق

---

(١) المحلى (١٠/ ٥٨، ١٠٩).
(٢) السيل الجرار (٢/ ٢٨٩).
(٣) الروضة الندية (٢/ ٣٢).
(٤) المحلى (١٠/ ١١٥).
(٥) صحيح البخاري بشرح فتح الباري (٥/ ٢٤٩).
(٦) المحلى (١٠/ ٦٢).
(٧) المغني مع الشرح الكبير (٧/ ٦٠٣).

عسيلتها، ويؤيد هذا ما أخرجه مالك في الموطأ أن عبد الرحمٰن لم يستطع أن يمسها فطلقها، فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأول، فجاءت تستفتي رسول الله، فأجابها بأنها لا تحل له[1] [2].

المذهب الثاني:

ذهب عامة الفقهاء من الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] إلى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب، إلا أنهم اختلفوا في كونه حقاً ثابتاً للزوجين معاً أم للزوجة وحدها؟ كما أنهم اختلفوا في العيوب التي يتم بها التفريق بين الزوجين.

واحتجوا بجملة من الأحاديث والآثار منها:

١ - ما روي عن يزيد بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله (ﷺ) تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش، أبصر بكشحها[7] بياضاً فانحاز عن الفراش ثم قال: «خذي عليك ثيابك» ولم يأخذ مما أتاها شيئاً[8]. وأجيب عن هذا الحديث بأن في سنده جميل بن زيد وهو ضعيف[9].

٢- وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (أيما امرأة غُرَّ بها رجل، بها جنون أو جذام أو برص، فلها مهرها بما أصاب منها، وصداق الرجل على من غرّه)[10]. وفي لفظ آخر: قضى عمر في البرصاء والجذماء والمجنونة إذا دخل بها فرق بينهما، والصداق لها بمسيسه إياها، وهو له على وليها[11].

٣- وبما روي عن عمر رضي الله عنه أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولاً، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيرها، فاختارت نفسها، ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة[12].

من يثبت له حق التفريق للعيب:

اختلف القائلون بمشروعية التفريق بين الزوجين للعيوب فيمن يثبت له حق التفريق.

---

(١) سبل السلام (٣/ ١٣٦).
(٢) الموطأ بشرح الزرقاني (٣/ ١٣٧).
(٣) شرح فتح القدير (٤/ ١٢٧).
(٤) الشرح الكبير (٢/ ٢٤٦).
(٥) المهذب (٢/ ٤٨)، والروضة (٧/ ١٧٦).
(٦) المغني مع الشرح الكبير (٧/ ٥٧٩).
(٧) ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي، لسان العرب (٢/ ٥٧٦).
(٨) مسند أحمد (٣/ ٤٩٣)، السنن الكبرى (٧/ ٢١٤).
(٩) السيل الجرار (٢/ ٢٩٠).
(١٠) الموطأ (٢/ ٥٢٦).
(١١) السنن الكبرى (٧/ ٢١٥).
(١٢) السنن الكبرى (٧/ ٢٢٦).

فذهب الحنفية إلى أنه يثبت للزوجة وحدها[1].

واحتجوا: بأن الزوج يقدر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، وأما المرأة فإنها لا تملك الطلاق، فثبت حق طلب التفريق للعيب لتدفع الضرر عن نفسها[2].

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة وغيرهم[5] إلى أن حق التفريق يثبت للزوجين معاً.

واحتجوا: بأن الزوج يتضرر بالعيب كالزوجة، فإذا ثبت لها حق التفريق للعيب الذي يمنع الوطء كالجب والعنة ثبت للزوج كذلك حق التفريق للعيب الذي يمنع الوطء كالرتق والقرن. والقول بأن الزوج يملك رفع الضرر عنه بالطلاق ليس صحيحاً على إطلاقه، فإن الزوج يلزمه بالطلاق المهر كله أو نصفه، وإذا فسخ العقد بالعيب قبل الدخول لم يلزمه شيء من المهر[6].

ولعل ما ذهب إليه الجمهور أرجح، وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية.

حيث نصت المادة [١١٧] على أن: (للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق والقرن، أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر، ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً).

ونصت المادة [١١٣] على ثبوت هذا الحق للمرأة حيث جاء فيها: (للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجب والعنة والخصا، ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن.

العيوب التي يجوز التفريق بسببها:

اتفق الفقهاء القائلون بمشروعية التفريق للعيوب على جواز التفريق بعيب الجب والعنة واختلفوا فيما عداهما.

١- الجَبُّ: معناه القطع، والمجبوب: الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه[7] والمجبوب عند الحنفية والمالكية هو من قطع ذكره وأنثياه معاً[8]. وهو عند الشافعية والحنابلة من قطع ذكره كله أو بعضه مع بقاء ما لا يمكن الوطء به[9]، وهو مخل بالاستمتاع، وهو المقصود من النكاح، ولما كان لا

(١) الاختيار (٣/ ١١٥)، وشرح فتح القدير (٤/ ١٣٤).
(٢) الاختيار (٣/ ١٥٥)، وشرح فتح القدير (٤/ ١٣٤).
(٣) بلغة السالك (١/ ٤٢٣).
(٤) الروضة للنووي (٧/ ١٧٦).
(٥) المغني (٧/ ١٧٦).
(٦) الشرح الكبير (٦/ ٢٥٤)، المهذب (٢/ ٤٨).
(٧) لسان العرب (١/ ٤٢٩).
(٨) طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص١٠١)، والشرح الكبير (٢/ ٢٤٧).
(٩) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/ ٨٣)، والروض المربع (٦/ ٣٣٤).

أمل في تغير حاله جاز التفريق بين الزوجين بطلب من الزوجة من غير تأجيل[1]، ويشترط للتفريق به: أن تكون المرأة خاليةً من العيوب، فإن كانت المرأة معيبةً بالرتق أو القرن فلا يثبت لها حق التفريق بسبب عيب الجبّ، لأن المانع من الاستمتاع ليس الجب وحده وإنما العيب القائم بالمرأة أيضاً[2]. وأن لا تعلم بوجود هذا العيب بالزوج قبل الزواج. وأن لا ترضى بالزوج بعد اطلاعها على العيب بعد الزواج، فإن علمت بهذا العيب قبل الزواج أو بعد الزواج ورضيت به فلا يحق لها طلب التفريق بسببه[3]، وعلى هذا نصت المادة [١١٤] حيث جاء فيها: (الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول، أو التي ترضى بالزوج بعد الزواج مع العيب الموجود، يسقط حق اختيارها ما عدا العنة، فإن الإطلاع عليها قبل الزواج لا يسقط حق الخيار).

٢- العُنَّة: العِنِّين: الذي لا يأتي النساء ولا يريدهن، وسمي عنيناً لأن ذكره يسترخي فيعن يميناً وشمالاً ولا يقصد للمأتى من المرأة[4]، وهو عند الحنفية والشافعية والحنابلة عدم القدرة على الوطء لعدم انتشار الذكر لمانع كمرض أو ضعف في خلقته أو كبر سن أو سحر[5]، وهو عند المالكية صغر الذكر بحيث لا يسمح بالإيلاج، ويطلق المالكية على العنة السابق بيانها الاعتراض[6].

والعنةُ عيبٌ مخل بمقصود النكاح، ولذا فإنه يجوز للمرأة أن تطالب بالتفريق بسببه، إلا أنه لا يفرق بينهما في الحال، وإنما يؤجل القاضي الزوج سنة، فإن لم يصل إلى زوجته خلالها فرق القاضي بينهما، وإنما يؤجل سنة لوجود الأمل في الشفاء، لأن الأبدان تختلف -نشاطاً وضعفاً- باختلاف الفصول الأربعة، فإذا مضت عليه الفصول الأربعة ولم يزل عن عجزه وأصرّت الزوجة على طلب الطلاق فرق القاضي بينهما. وقد قضى بتأجيل العنين سَنَةً عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وبه قال بعض الصحابة والتابعين. ويشترط للتفريق بسبب العنة أن لا تكون المرأة معيبة بعيب يمنع من الاستمتاع كالرتق والقرن. وإذا كانت الزوجة تعلم بعنة الزوج قبل الزواج فإنه لا يسقط حقها في خيار التفريق بسبب العنة، لأنها علة يمكن زوالها، ولأن الرجل قد يكون عنيناً بالنسبة لامرأة أخرى، وهذا ما نصت عليه المادة [١١٤] وقد سبق ذكرها. وتبدأ السنة من يوم تسليمها نفسها له بعد رفع الدعوى، أو من وقت برء الزوج إن كان مريضاً، ولا يحسب من السنة مرض أحد الزوجين مرضاً يمنع الدخول، سواء كانت مدة المرض قليلة أو كثيرة، ولا يحسب من السنة أيضاً المدة التي تغيبها الزوجة عن الزوج، أما المدة التي يغيبها الزوج عن زوجته فإنها تحسب من المدة ولو كانت غيبته في زمن مدة الحيض[7].

وإذا أصرت الزوجة على حقها في طلب التفريق للعنة حكم القاضي بالتفريق، وإذا ادعى الزوج عند بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إليها يُنظر: فإن كانت الزوجة ثيباً، فالقول قول الزوج مع اليمين،

---

(١) شرح فتح القدير (٤/ ١٣١)، والشرح الصغير (١/ ٤٢٥)، والمهذب (٢/ ٤٩).
(٢) المراجع السابقة.
(٣) شرح فتح القدير (٤/ ١٣٢)، والشرح الصغير (١/ ٤٢٤)، والروض المربع (٦/ ٣٤٣)، والروضة للنووي (٧/ ١٨٧).
(٤) لسان العرب (١٣/ ٢٩٠).
(٥) شرح فتح القدير (٤/ ١٦٨)، والإقناع (٢/ ٨٣)، والروض المربع (٦/ ٣٣٥).
(٦) الشرح الصغير (١/ ٤٣٥).
(٧) شرح فتح القدير (٤/ ١٣٢)، والروض المربع (٦/ ٣٣٥)، والمغني (٧/ ٦٠٤)، التنبيه للشيرازي (ص١٦٣). =

لأن الأصل سلامته من العيب، والظاهر يشهد له بذلك. وإن كانت بكراً، فالقول قولها بلا يمين، لظهور كذبه، وهذا قول الحنفية والحنابلة[1].

وهذا ما أخذ به القانون في المادة [١١٥] حيث نصت على ما يأتي: (إذا راجعت الزوجة القاضي وطلبت التفريق لوجود عيب ينظر. فإن كانت العلة غير قابلة للزوال يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كانت قابلة للزوال كالعنة يمهل الزوج سنة من يوم تسليمها نفسها له أو من وقت برء الزوج إن كان مريضاً، وإذا مرض أحد الزوجين في أثناء الأجل مدة قليلة كانت أو كثيرة بصورة تمنع من الدخول، أو غابت الزوجة، فالمدة التي تمر على هذا الوجه لا تحسب من مدة الأجل، لكن غيبة الزوج أيام الحيض تحسب، فإذا لم تزل العلة في هذه المدة وكان الزوج غير راض بالطلاق، والزوجة مصرة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق، فإذا ادعى في بدء المرافعة أو في ختامها الوصول إليها ينظر، فإذا كانت الزوجة ثيباً فالقول قول الزوج مع يمينه، وإن كانت بكراً فالقول قولها بلا يمين).

٣- الخصاء: الخصي بفتح الخاء، من سلت خصياه وبقي ذكره، وهذا رأي الشافعية والحنابلة[2]، ويرى المالكية أن الخصي هو من قطع ذكره دون أنثييه[3]، ومن كان بهذه الصفة يسمى مجبوباً عند الشافعية والحنابلة.

واختلف الفقهاء في التفريق بسببه على قولين:

القول الأول: يثبت لها الخيار، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في قول مرجوح عندهم[4]، وهل يفرق بينهما في الحال إن ثبت العيب أم يؤجل سنة كالعنين؟

ذهب المالكية إلى أنه يفرق بينهما في الحال، لأن الخصي عندهم من قطع ذكره فهو مجبوب، فيأخذ حكمه[5].

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الخصاء غير الجب عندهم كما سبق بيانه، وعليه فيثبت للزوجة الخيار في طلب التفريق بعد تأجيله سنة[6]، لأن الخصاء يمنع الوطء أو يضعفه، فآلته قائمة والوطء منه متوقع، وبهذا حكم عمر ابن الخطاب حيث قال لابن سندي -وكان قد تزوج وهو خصي- أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا. قال: فانطلق فأعلمها. ثم خيرها. أخرجه عبد الرزاق في المصنف ورجاله ثقات[7].

القول الثاني: لا يثبت للزوجة خيار الفسخ بسببه، لأنه قادر على الجماع، بل هو أقدر عليه من غيره، لأنه لا ينزل فلا يعتريه ضعف أو فتور، وعدم الإنجاب لا يضر بالاستمتاع ولا يعتبر عيباً، وهو

---

(١) شرح فتح القدير (٤/ ١٣٠)، والمغني (٧/ ٦١٤).
(٢) الروض المربع (٦/ ٣٣٩)، والإقناع (٢/ ٨٣).
(٣) الشرح الصغير (١/ ٤٢٤).
(٤) شرح فتح القدير (٤/ ١٣١)، والشرح الكبير (٢/ ٢٤٧)، والمغني (٧/ ٦٠٦)، والروضة للنووي (٧/ ٢٠٠).
(٥) الشرح الكبير (٢/ ٢٤٧).
(٦) شرح فتح القدير (٤/ ١٣١)، والروض المربع (٦/ ٣٤٠).
(٧) المصنف رقم (١٠٣٤٦).

مذهب الشافعية في الأصح وبعض الحنابلة[1].

ولما كان القانون يعمل بالراجح من مذهب أبي حنيفة فإن حكم الخصي حكم العنين، وعليه لا يفرق بين الزوجين بسبب العقم القطعي، وأرى رجحان الرأي القائل بالتفريق لهذا العيب إن اختارت المرأة ذلك، وأرى أيضاً جواز طلبها التفريق في حالة ثبوت عقم الزوج، لأن النسل من أعظم مقاصد النكاح، وعملاً برأي سيدنا عمر بن الخطاب في تخيير الزوجة التي لم تعلم أن زوجها عقيم.

٤- **الجنون والجذام والبرص:**

الجنون: من جن الشيء يجنه جناً ستره، وهو من نقصان العقل[2].

الجذام: قال أبو عبيد الأجذم المقلوع[3]، والجذم علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم يتقطع ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب[4].

البرص: بياض شديد يظهر بالجلد على شكل بقع[5].

اختلف الفقهاء في التفريق لهذه العيوب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز التفريق لهذه العيوب، سواء كانت في الزوج أو في الزوجة، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف[6].

واستدلوا:

١- بأن فوات استيفاء بضع الزوجة أصلاً بالموت قبل دخول الزوج بزوجته لا يوجب فسخ النكاح، فاختلال عقد النكاح بهذه العيوب لا يوجب فسخ النكاح من باب أولى[7].

٢- ولأن الضرر في الجنون والجذام والبرص غير دائم، فهي قابلة للزوال، فإن لم تكن قابلةً للزوال فهي كالعمى وسائر العيوب التي لا يفسخ النكاح من أجلها[8].

القول الثاني: يجوز التفريق لهذه العيوب سواء كانت في الزوج أو في الزوجة، وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة[9].

---

(١) التنبيه (ص١٦٢)، والروضة (٧/ ١٩٥)، والمغني (٧/ ٦٠٦).

(٢) لسان العرب (١٣/ ٩٢).

(٣) لسان العرب (٧/ ٨٧).

(٤) زاد المحتاج بشرح المنهاج (٣/ ٢٥٣).

(٥) طلبة الطلبة (ص١٠٠)، والإقناع (٢/ ٨٢).

(٦) البدائع (٢/ ٣٢٨)، وشرح فتح القدير (٤/ ١٣٤).

(٧) البدائع (٢/ ٣٢٨)، وشرح فتح القدير (٤/ ١٣٤).

(٨) المرجعين السابقين، والمغني (٧/ ٥٧٩).

(٩) المغني (٧/ ٥٧٩)، والشرح الصغير (١/ ٤٢٤)، ونهاية المحتاج (٦/ ٣٠٩)، والروض المربع (٦/ ٣٤٠)، والسيل الجرار (٢/ ٢٨٩)، وزاد المعاد (٥/ ١٨٢).

واستدلوا:

١- بما روي عن يزيد بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله (ﷺ) تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضاً فانحاز عن الفراش ثم قال: خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً[١].

وهذا نص في البرص، ويلحق به الجذام، بجامع أنها عيوب منفرة، وقد ينتقل المرض إلى الزوج، وأما الجنون فلا يحصل مقصود النكاح معه[٢].

٢- وبقوله (ﷺ): «لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم فرارك من الأسد»[٣]. والفرار من المجذوم يدل على جواز فسخ النكاح لهذا العيب.

٣- وبما روي عن علي رضي الله عنه (أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن، فزوجها بالخيار، ما لم يمسها إن شاء أمسك وإن شاء طلق، وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها)[٤].

٤- وبما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: (أيما امرأة غُرّ بها رجل، بها جنون أو جذام أو برص، فلها المهر بما أصاب منها، وصداق الرجل على من غرّه)[٥].

القول الثالث: يجوز التفريق بهذه العيوب إذا كانت بالزوج لا بالزوجة وبه قال محمد بن الحسن قياساً على الجب والعنة، ولأن الزوج يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بالطلاق والمرأة لا تتمكن من ذلك إلا بالفسخ[٦].

وقد أخذ القانون برأي الجمهور حيث أجاز لكل من الزوجين طلب فسخ عقد الزواج بحسب العلل التي لا يمكن المقام معها بلا ضرر، إلا أنه أطلق حق الزوجة في طلب التفريق للعلل التي لا يمكن المقام معها بلا ضرر، سواء ظهرت للزوجة قبل الدخول أو بعده، أو طرأت هذه العلل على الزوج في أثناء الحياة الزوجية، حتى تتمكن الزوجة من رفع الضرر عن نفسها كما نصت المادة [١١٦]. وأما الزوج فله حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق والقرن، أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه إلا بضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً وهذا ما نصت عليه المادة [١١٧]. أما العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول فلا تسمع فيها دعوى طلب الفسخ من الزوج وهذا ما جاء في المادة [١١٨].

والسبب في ذلك أنه لا فائدة من طلب الزوج التفريق للعلة الطارئة بعد دخوله بالزوجة، فالمهر قد تأكد بالدخول ولا يسقط منه شيء لأي سبب كان، وبإمكانه أن يرفع الضرر عن نفسه بالطلاق.

---

(١) السنن الكبرى (٧/ ٢١٤).

(٢) نهاية المحتاج (٦/ ١٠)، ومغني المحتاج (٣/ ٢٠٣).

(٣) صحيح البخاري بشرح فتح الباري (١٠/ ١٥٨).

(٤) زاد المعاد (٤/ ٣١).

(٥) الموطأ (٢/ ٥٢٦)، والسنن الكبرى (٧/ ٢١٤).

(٦) شرح فتح القدير (٤/ ١٣٤).

هل يؤجل المريض بالجذام أو البرص أو الجنون ؟

ذهب المالكية إلى أن المريض بالجذام أو البرص يؤجل سنة إن كان يرجى البرء منهما، وأما الجنون فيؤجل سنة ولو لم يرجى البرء منه[1]. ولمعرفة ذلك فإن المريض بالجذام أو البرص يعرض على أهل الخبرة فإن قالوا باحتمال البرء ضرب الأجل لمدة سنة وإلا فرق بين الزوجين في الحال إذا أصر الطرف الآخر على طلب الطلاق. وقد نصت المادة [١١٦] على أنه إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة أو مرض لا يمكن المقام معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو طرأت مثل هذه العلة والأمراض، فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق، والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن ينظر: فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة، فإذا لم تزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضاً، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب الطلاق.

ومن الملاحظ أن القانون لم يقتصر في جواز التفريق بالعيوب على الجذام والبرص، وإنما قاس عليها كل مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالسل والزهري، وعليه يبقى الأمر متسعاً للإجتهاد القضائي المستند على رأي أهل الخبرة فيما يظهر من أمراض كالإيدز وغيره. كما أنه بيّن أن عيب العمى والعرج لا يوجب التفريق، سواء في ذلك الذي ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أو الطارىء على الزوج بعد العقد. وأرى أن هذه العيوب وما يماثلها يجوز التفريق بسببها إذا حصل تغرير لأحد الزوجين حين العقد، وأما إذا طرأت بعد العقد فلا يجوز التفريق بسببها. وأما الجنون فقد نص القانون في المادة [١٢٠] على أنه إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة، فإذا لم تزل الجنّة في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق.

٥- الرَّتَقُ والقَرَن:

الرَّتَق: ضد الفتق، والرتق إلحام الفتق وإصلاحه. والمرأة الرتقاء هي التي تلاحم الشفران منها وتلاصقاً حتى لا يكاد الذكر يجوز فرجها لشدة انضمامه أو انسداد الفرج بلحم بحيث لا يمكن معها الجماع[2].

القرن: نتوء في الرحم يمنع من الجماع، وهو عظم غالباً[3].

وقد اختلف الفقهاء بالتفريق لهذين العيبين على النحو التالي:

ذهب الحنفية إلى عدم التفريق بهما[4]. وقد سبق بيان أدلتهم في التفريق للجنون والبرص والجذام

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٢٤٩)، الروضة للنووي (٧/ ١٧٦).

(٢) لسان العرب (١٠/ ١١٤)، والإقناع (٣/ ٨٣)، والشرح الصغير (١/ ٤٢٤).

(٣) شرح فتح القدير (٤/ ١٣٤)، والإقناع (٣/ ٨٣)، والشرح الصغير (١/ ٤٢٥).

(٤) البدائع (٢/ ٣٢٨)، وشرح فتح القدير (٤/ ١٣٤).

إذا قامت بالمرأة. وهذان العيبان من العيوب الخاصة بالنساء، فإذا لم يجز التفريق للجنون أو البرص أو الجذام إذا وجدت بالمرأة لم يجز التفريق لعيب الرتق أو القرن، والزوج يستطيع رفع الضرر عنه بالطلاق.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز التفريق بهما[1] واستدلوا بالأدلة نفسها التي أقاموها على جواز التفريق بين الزوجين لعيب الجذام والبرص إذا وجدا بالمرأة دون الرجل. وأرى أنه يجوز التفريق بهما إذا لم يمكن رفع الضرر بإزالتهما، ومع تقدم علم الطب فقد أمكن إجراء عملية جراحية لهذه العيوب، وأرى أن تكون أجرة الطبيب على المرأة، وعليه فلا يجوز التفريق بهذين العيبين إلا بعد سؤال أهل الفن والخبرة.

٦- الإفضاء والعَفَل وبخر الفرج والاستحاضة والقروح والالتهابات السيالة وغيرها من العيوب الخاصة بالمرأة.

الإفضاء: انخراق ما بين السبيلين القبل والدبر[2].

العفل: رطوبة تمنع الرجل من لذة الجماع[3].

بخر الفرج: رائحة منتنة تخرج من الفرج[4].

وقد اختلف الفقهاء في التفريق بها فذهب الحنفية إلى عدم التفريق بالعيوب الخاصة بالمرأة كما سبق ذكره.

وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بعيب العفل وبخر الفرج والإفضاء، ولم يجز الشافعية التفريق بهذه العيوب[5].

وأما الاستحاضة فقد ذهب بعض الشافعية والحنابلة إلى التفريق بها[6]. وأرى أن هذه العيوب يمكن إزالتها بالمعالجة، وعليه فلا يجوز التفريق بسببها إلا إذا امتنعت المرأة عن المعالجة.

وقد ذكر القانون في المادة [١١٦] أن: يجوز التفريق بالعيوب التي لا يمكن المقام معها إلا بضرر، وبين أنه لا بد من الرجوع إلى أهل الخبرة والفن، فإن قالوا بإمكان إزالة العيب لم يجز التفريق، وفي رأيي أن ما ذكره القانون من العيوب إنما أورده على سبيل المثال لا الحصر.

٧- استطلاق الغائط والبول عند الجماع وبخر الفم والصنان والباسور والناسور والعمى والعرج والشلل والطرش والخرس وقطع الأطراف أو بعضها.

اختلف الفقهاء بالتفريق لهذه العيوب إذا وجدت بالرجل أو المرأة، وقد سبق القول بأن الحنفية

---

(١) المغني (٧/ ٥٨٠)، والشرح الصغير (١/ ٤٢٤)، ونهاية المحتاج (٦/ ٣٠٩)، وزاد المعاد (٥/ ١٨٢).

(٢) الروضة للنووي (٧/ ١٧٨)، والروض المربع (٦/ ٣٣٩).

(٣) الروض المربع (٦/ ٣٣٨)، وشرح فتح القدير (٤/ ١٣٤).

(٤) الشرح الصغير (١/ ٤٢٥).

(٥) الإنصاف (٨/ ١٩٥)، والروضة (٧/ ١٧٨)، والشرح الصغير (١/ ٤٢٥).

(٦) الروضة (٧/ ١٧٧)، والمغني (٧/ ٥٨٢)، والروض المربع (٦/ ٣٣٩).

يجعلون التفريق بالعيوب القائمة بالرجل دون المرأة، وقد حصروا العيوب التي يفرق بسببها فيما سبق ذكره منها، وقال المالكية والحنابلة بالتفريق بسبب عيب استطلاق الغائط أو البول عند الجماع[١]، وقال بعض الحنابلة بجواز التفريق بسبب عيب بخر الفم والصنان والباسور والناسور[٢]، ولا يرى الشافعية في الراجح من المذهب التفريق لهذه العيوب[٣].

وفي رأيي أن هذه العيوب يمكن معالجتها، فإن تعذر جاز التفريق بسببها. وأما العمى والطرش والخرس وقطع الأطراف أو بعضها فهي عيوب غير مخلة بمقصود النكاح، وليست من العيوب المعدية فلا يثبت التفريق بسببها، إلا إذا اشترط الآخر في العقد سلامة صاحبه من هذه العيوب فيثبت له خيار الشرط لا العيب. وبهذا قال جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة[٤].

وذهب بعض الفقهاء منهم القاضي شريح والزهري إلى ثبوت التفريق بهذه العيوب، لأنها لا تقل خطراً عن العيوب الأخرى، ولأنها تعتبر مشروطة عرفاً[٥].

وقد انتصر ابن القيم لهذا الرأي حيث قال: (وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو إحداهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش وهو مناف للدين والأخلاق، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفاً، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: أخبرها أنك عقيم وخيّرها فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي هذا عندها كمال لا نقص؟!.

ثم قال: والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار، وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط ولا مغبوناً بما غر به وغبن به، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول، وقربه من قواعد الشريعة)[٦].

وفيما قاله ابن القيم من الانتصار لهذا الرأي ما يكفي لبيان رجحانه ووجوب الأخذ به، وقد نصت المادة [١١٦] من القانون على أن عيب العمى والعرج في الزوج لا يوجب التفريق.

وفي النهاية أقول لو أننا أخذنا بإجراء فحص طبي للخاطبين قبل الزواج، لكنّا في غنى عن كثير مما عرضناه هنا، ولأبقينا على المودة بين الأسر، ولأرحنا القضاء وعملنا على بناء أسر سليمة من الأمراض، ورفعنا الضرر بعدم انتشار الأمراض، ولكان الستر على الأعراض والأشخاص أتم وأرضى.

---

(١) الشرح الكبير (٢/ ٢٤٧)، والروض المربع (٦/ ٣٤١)، والإنصاف (٨/ ١٩٥).
(٢) الروض المربع (٦/ ٣٤١)، والإنصاف (٨/ ١٩٥).
(٣) روضة الطالبين (٧/ ١٧٧).
(٤) المغني (٧/ ٥٧٨)، والإنصاف (٨/ ١٩٩)، والشرح الصغير (١/ ٤٢٥)، وروضة الطالبين (٧/ ١٧٧).
(٥) زاد المعاد (٥/ ١٨٢، ١٨٤).
(٦) زاد المعاد (٥/ ١٨٢-١٨٣).

شروط التفريق للعيب:

يشترط للتفريق بالعيب ما يأتي:

١- أن لا يكون عالماً بالعيب وقت العقد أو قبله، فإن كان عالماً بالعيب لم يثبت له حق التفريق بسبب العيب، واطلاع الزوجة على عيب العنة في الرجل قبل الزواج لا يسقط حقها في الخيار إذا استمرت العنة بعد الزواج[١]، وهذا ما نصت عليه المادة [١١٤] من القانون.

٢- أن لا يرضى بالعيب حال اطلاعه عليه، فإن رضي بالعيب بعد اطلاعه عليه صراحة أو ضمناً فلا خيار له[٢]. ومن الرضى الضمني التمكين من الاستمتاع، ولا يعتبر تمكين زوجة العنين زوجها من الاستمتاع رضى بعنته، وعليه فلا يسقط خيار العنة إلا بالقول صراحة[٣]. وقد نصت المادة [١١٤] على اعتبار هذا الشرط والعنة الطارئة بعد وطء الزوج لها ولو مرة واحدة لا يثبت بها الخيار للزوجة عند جمهور الفقهاء، وبهذا أخذ القانون عملاً بالراجح من مذهب الحنفية[٤].

ويرى بعض الفقهاء: أنه يثبت لها خيار التفريق لأن العنة الطارئة كالعنة الأصلية في وقوع الضرر على الزوجة وهو قول أبي ثور[٥].

وأرى ترجيح القول الثاني لأن هذا العيب يفضي إلى الشقاق والنزاع، ويلحق بالزوجة ضرراً وقد يوقعها في الفتنة خصوصاً إذا كانت في مقتبل العمر.

٣- أن لا يكون العيب طارئاً بعد عقد الزواج، فإن حدث العيب بعد الزواج فهل يثبت الخيار به؟

ذهب الشافعية في أظهر القولين عندهم والحَنابلة والمالكية في قول إلى أنه يثبت به خيار التفريق للعيب، سواء أكان بالزوج أو بالزوجة[٦]، قياساً على التفريق للإعسار بالمهر والنفقة.

وذهب المالكية في الراجح عندهم والشافعية في القديم إلى التفصيل: فإن حدث العيب بالزوج ثبت لها الخيار، وإن حدث بالزوجة لم يثبت لها الخيار[٧]، وقد أخذ القانون بهذا الرأي حيث نصت المادة [١١٨] على أن (العلل الطارئة على الزوجة بعد الدخول لا تسمع فيها دعوى طلب فسخ من الزوج). كما أفادت المادة [١١٦] على أن طروء العلة على الزوج يجيز للمرأة أن تراجع القاضي وتطلب التفريق.

---

(١) شرح فتح القدير (٤/ ١٣٢)، والشرح الصغير (٤/ ٤٢٤)، والمغني (٧/ ٥٨٠).
(٢) المراجع السابقة.
(٣) الإنصاف (٨/ ٢٠٠).
(٤) المغني (٧/ ٥٨١)، وشرح فتح القدير (٤/ ١٢٨)، والشرح الصغير (١/ ٤٢٦).
(٥) الشرح الكبير (٧/ ٥٨١).
(٦) روضة الطالبين (٧/ ١٧٨)، والمهذب (٢/ ٤٨)، والروض المربع (٦/ ٣٤٢).
(٧) الشرح الصغير (١/ ٤٢٥)، والمهذب (٢/ ٤٨)، روضة الطالبين (٧/ ١٧٨).

٤- يشترط للتفريق في بعض العيوب خلو الطرف الآخر من العيب[١] أيضاً، فإذا كانت المرأة رتقاء أو قرناء فليس لها أن تطلب التفريق بسبب الجب أو العنة، لأن المانع من الاستمتاع موجود بالطرفين معاً، وكذلك المريض منهما بالزهري، ليس له أن يطلب التفريق لهذا العيب إذا كان قائماً بالطرف الآخر وهذا ما تفيده المادة [١١٣].

المبحث الثاني
في التفريق بين الزوجين بحكم الشرع

المطلب الأول

اللعان

تعريفه:

اللعان في اللغة : إذا كان اللعان من الناس فهو بمعنى السب والشتم، وإذا كان من الله تعالى فهو بمعنى الطرد والإبعاد عن الخير[٢].

اللعان في الاصطلاح : شهادات مؤكدات بالإيمان من الزوجين مقرونة باللعن والغضب من الله تعالى[٣].

مشروعية اللعان:

اللعان مشروع بالكتاب والسنة.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦-٩].

وأما السنة: فما ثبت في الصحيحين من حديث سهل بن سعد أن عويمرا العجلاني قال لعاصم بن عدي: أرأيت لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه، أم كيف يفعل؟ فسل لي رسول الله (ﷺ)، فسأل رسول الله (ﷺ)، فكره رسول الله (ﷺ) المسائل وعابها، حتى كبر على عاصم ما يسمع

---

(١) روضة الطالبين (٧/ ١٧٨)، وشرح فتح القدير (٤/ ١٢٩)، والشرح الكبير للمقدسي (٧/ ٥٧٩).

(٢) المعجم الوسيط (٢/ ٨٣٩)، ولسان العرب (١٣/ ٣٨٧).

(٣) بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٣)، ومطالب أولي النهى (٥/ ٥٣٢).

من رسول الله (ﷺ)، ثم إن عويمرا سأل رسول الله (ﷺ) عن ذلك فقال: قد نزل فيك وفي صاحبتك، فاذهب فأت بها، فتلاعنا عند رسول الله (ﷺ) فلما فرغا قال: كذبت عليها يا رسول إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله (ﷺ). قال الزهري: فكانت تلك سنة المتلاعنين[١].

وسبب المشروعية: أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لأمه فقال له النبي (ﷺ): (البينة أوحدٌ في ظهرك) فقال: يا رسول الله، إذا رأى أحد على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل رسول الله (ﷺ) يقول: (البينة وإلا حد في ظهرك)، فقال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، ولينزلن الله ما يبرىء ظهري من الحد، فنزل جبريل عليه السلام، فأنزل الله عليه قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦-٩]. فانصرف النبي (ﷺ) إليها، فجاء هلال فشهد والنبي (ﷺ) يقول: (إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب؟) فشهدت فلما كانت عند الخامسة وقفوها وقالوا: إنها موجبة، قال ابن عباس رضي الله عنهما: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع، ثم قالت: لا أفضح قومي سائر اليوم، فمضت، فقال النبي (ﷺ) (أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين، سابغ الإليتين، خدلج الساقين، فهو لشريك بن سحماء) فجاءت به كذلك، فقال النبي (ﷺ): (لولا ما مضى من كتاب الله كان لي ولها شأن)[٢].

وفي رواية أن سعد بن عبادة قال: يا رسول الله، أرأيت الرجل يجد مع امرأته رجلاً أيقتله؟ فقال رسول الله (ﷺ): (لا)، فقال سعد: بلى والذي بعثك بالحق، فقال رسول الله (ﷺ): (اسمعوا ما يقول سيدكم) وفي لفظ آخر: يا رسول الله، إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال: (نعم)، قال: بلى والذي بعثك بالحق نبياً إن كنت لأعاجله بالسيف قبل ذلك، قال رسول الله (ﷺ): (اسمعوا ما يقول سيدكم إنه لغيور، وأنا أغير منه، والله أغير مني). وفي لفظ: أن النبي (ﷺ) قال لسعد: (ومن أجل ذلك حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن، ولا شخص أغير من الله، ولا شخص أحب إليه العذر من الله، من أجل ذلك بعث الله المرسلين مبشرين ومنذرين، ولا شخص أحب إليه المدحة من الله، من أجل ذلك وعد الله الجنة)[٣].

مما سبق يتبين لنا أن الأصل في القذف بالزنا أن القاذف إذا قذف امرأة أجنبية أو زوجته بالزنا فإن عليه أن يثبت ما ادعاه بأربعة شهود، فإن لم يأت بأربعة شهداء أقيم عليه حد القذف، عملاً بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

---

(١) صحيح البخاري (٩/ ٣٩٣ كتاب الطلاق باب اللعان)، وصحيح مسلم (الحديث رقم ١٤٩٢).

(٢) صحيح البخاري (٨/ ٣٤١).

(٣) صحيح البخاري (١٢/ ١٥٤، كتاب الحدود: باب من رأى مع امرأته رجلا فقتله).

ثم حدث أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي (ﷺ) فقال له النبي (ﷺ): (البينة أو حد في ظهرك)، عملاً بالحكم السابق، فقال هلال: والذي بعثك بالحق يا رسول الله إني لصادق، لينزلن الله ما يبرىء ظهري، فنزل قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦] الآية. فكانت هذه الآية خاصة بالزوج إذا قذف زوجته بالزنا أو نفى نسب ولدها ولم يستطع الإثبات بشهادة الشهود.

صيغة اللعان:

أن يبدأ الزوج باللعان فيقول أربع مرات: (أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به فلانة من الزنا أو من نفي ولدها). ثم يقول في الخامسة: (أن لعنة الله علي إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا أو من نفي الولد). ثم تقول الزوجة: (أشهد بالله أنه من الكاذبين فيما رماني به من الزنا أو من نفي الولد) ثم تقول في الخامسة: (أن غضب الله عليّ إن كان من الصادقين فيما رماني به).

التكييف الفقهي لصيغة اللعان:

اختلف الفقهاء في ألفاظ اللعان هل هي شهادات أو أيمان على قولين:

فذهب المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] والإباضية[٤] وابن حزم[٥] إلى أنها أيمان.

وذهب الحنفية وأهل الرأي إلى أنها شهادات مؤكدة بالأيمان وهو رواية عن أحمد[٦].

أدلة القول الأول:

١- أن رسول الله (ﷺ) سمى ألفاظ اللعان أيماناً في قوله: (لولا الأيمان لكان لي ولها شأن)[٧].

٢- ولأن ألفاظ اللعان مفتقرة في صحتها إلى ذكر اسم الله تعالى وإلى ذكر القسم المؤكد وجوابه وهذا شأن الأيمان لا الشهادة[٨].

٣- لو كانت ألفاظ اللعان شهادة لوجب أن تشهد المرأة ثمان مرات وتلتعن مرتين، لأن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل، وفي اللعان يستوي الذكر والأنثى في عدد مرات الأيمان فدل على أنها أيمان لا شهادات[٩].

---

(١) شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ١٩١).
(٢) الأم (٥/ ١٣٤).
(٣) المغني (٧/ ٣٩٣).
(٤) شرح النيل وشفاء الغليل (٧/ ١٥٧).
(٥) المحلى (١٠/ ١٤٤).
(٦) بدائع الصنائع (٣/ ٢٤١)، والاختيار (٣/ ١٦٧)، وزاد المعاد (٥/ ٣٥٩).
(٧) صحيح البخاري (٨/ ٣٤١).
(٨) زاد المعاد (٥/ ٣٥٩).
(٩) المحلى (١٠/ ١٤٤).

٤- لا تقبل شهادة المرء لنفسه وفي اللعان يدرأ بألفاظ اللعان الزوجُ حدَّ القذف عن نفسه، وتدرأ الزوجة بها حد الزنا[١].

٥- لو كانت ألفاظ اللعان شهادة لما تكررت أربع مرات لأنه لا حاجة للتكرار في الشهادات أما الأيمان فقد يشرع فيها التكرار كأيمان القسامة[٢].

٦- ولأن حاجة الزوج الذي لا تصح منه الشهادة إلى اللعان ونفي الولد كحاجة من تصح شهادته، سواء بسواء، والشريعة لا ترفع الضرر عن أحد النوعين بمشروعية اللعان له، وتدع النوع الآخر يقع في الضرر ولا مخرج له فيه فاقتضى ذلك أن تعتبر ألفاظ اللعان أيماناً[٣].

أدلة القول الثاني:

استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦]. ووجه الدلالة من الآية:

أ- أن الله سبحانه وتعالى سمى الزوجين شهداء في قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النور: ٦]، وهذا استثناء متصل فالمستثنى من جنس المستثنى منه.

ب- أنه جعل هذه الألفاظ بدلاً من الشهود وقائمةً مقامهم عند عدمهم في قوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور: ٦].

جـ- أنه سبحانه بعد أن صرح بأن التعانهم شهادة زاد ذلك بياناً لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾ [النور: ٨][٤].

د- ولأن القاعدة في الدعاوي أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، والزوج هاهنا مدع فلعانه شهادة ولو كان يميناً لم تشرع ألفاظ اللعان في جانبه[٥]

وأجاب أصحاب القول الأول بما يأتي:

أما تسميته شهادة فلقول الملتعن في ألفاظ اللعان أشهد بالله، وإن كان يميناً اعتباراً باللفظ يدل لذلك تصريحه بالقسم وجوابه[٦].

وأما استثناؤه سبحانه (أنفسهم) من الشهداء أن كلمة إلا هنا بمعنى غير وتكون بمعنى الصفة ويجوز أن يكون الاستثناء منقطعاً على لغة بني تميم[٧].

---

(١) المغني (٧/٣٩٣).
(٢) زاد المعاد (٥/٣٥٩).
(٣) زاد المعاد (٥/٣٥٩).
(٤) زاد المعاد (٥/٣٦٠).
(٥) زاد المعاد (٥/٣٦٠).
(٦) زاد المعاد (٥/٣٦١).
(٧) المرجع السابق (٥/٣٦٢).

وأما قولهم أن القاعدة استقرت على أن الشهادة في جانب المدعي واليمين في جانب المدعى عليه فليس صحيحاً ففي القسامة يبدأ بأيمان المدعين لقوة من جانبهم باللوث وكذلك هنا فإن جانب الزوج أقوى من جانبها لأنه لا غرض له في هتك عرضها وإفساد فراشه[1].

الآثار المترتبة على الخلاف في اعتبار ألفاظ اللعان أيماناً أو شهادات مؤكدة بالأيمان: يمكن إجمالها فيما يأتي:

من رأى أنها أيمان قال تصح من كل من يصح يمينه فيصح من غير المسلم ومن الفاسق ومن الحر والعبد والأخرس بالكتابة إن كان قادراً عليها، وإلا فبالإشارة، ويصح من المحدود في القذف.

ومن اعتبرها شهادة قال: لا تصح من غير المسلم ولا يستوي فيها الذكر والأنثى، ولا تصح إلا من الزوجين العاقلين البالغين المسلمين الناطقين غير محدودين في قذف سابق اعتباراً بالشهادة.

الدعوى الموجبة للِّعان

يجب اللعان في دعوى الزنا أو نفي النسب.

أولاً: اللعان بدعوى الزنا وفي ذلك مسائل:

المسألة الأولى: إذا قذف الزوج زوجته العفيفة بالزنا فأنكرت وطلبت إقامة حد القذف عليه ولا بينة له على قوله وجب عليه أن يلاعن[2].

المسألة الثانية: إذا قذف زوجته ثم طلقها فقد ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى أنه يلاعنها[3] لأنه كان زوجاً لها عند القذف فيدخل تحت عموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾ [النور: ٦] وإذا لم يلاعن وجب عليه الحد لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور: ٤].

وذهب الحنفية الى أنه لا لعان بينهما ولا حد إذا نفي الحمل[4]، لأن اللعان إنما يكون بين الزوجين وبالطلاق بانت منه، ولا حد لأنه لم يقذف أجنبية عنه.

وذهب الإباضية إلى أنه لا لعان بينهما وعليه الحد[5]، أما عدم الملاعنة فلأنهما ليسا بزوجين وأما وجوب الحد فلأنه قذف أجنبية ولا بينة على زناها.

المسألة الثالثة: إذا قذف مطلقته في أثناء عدتها فإن كانت معتدة من طلاق بائن فلا ملاعنة بينهما، وعليه الحد إن كذبته ولم يأت بالبينة. وإن كانت معتدة من طلاق رجعي فقد ذهب جمهور الفقهاء

---

(١) المرجع السابق (٥/ ٣٦٢).
(٢) بداية المجتهد (٢/ ١١٦).
(٣) مغني المحتاج (٣/ ٣٨٢)، وبداية المجتهد (٢/ ١١٦)، والمغني (٧/ ٤٠٢).
(٤) بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٣).
(٥) شرح النيل (٧/ ٣٦٢).

-الحنفية والشافعية والحنابلة والإباضية- إلى أنه يلاعنها ما دامت في العدة، لأن المعتدة من طلاق رجعي بمنزلة الزوجة[١].

وذهب المالكية إلى أنه أن كان هناك نسب يريد أن ينفيه أو حمل يتبرأ منه لاعن، وإذا لم يكن هناك حمل يرجى ولا نسب يخاف تعلقه به لم يكن للعان فائدة، فكان لذلك قاذفاً مطلقاً داخلاً تحت عموم قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ﴾ [النور: ٤][٢].

المسألة الرابعة: إذا قذف الأجنبية ثم تزوجها فقد ذهب المالكية وأحمد في رواية إلى أن عليه الحد ولا يلاعن سواء قذفها قبل الزواج أو بعد الزواج وإضافة إلى ما قبل الزواج لأنها كانت أجنبية عنه حين القذف[٣].

وذهب الحنفية وأحمد في رواية إلى أنه يلاعنها لأنه رماها وهي زوجة له[٤].

وذهب الشافعية إلى أنه إذا أضاف إلى ما قبل النكاح ولم يكن هناك ولد فلا لعان وعليه الحد، وإذا كان هناك ولد ففيه قولان: أصحهما وجوب الحد، ودليلهم أنه لا حاجة للقذف إن لم يكن يريد نفي نسب عنه فيحد به كقذف الأجنبية[٥].

ثانياً: اللعان بدعوى نفي النسب:

إذا أتت الزوجة بولد لأقل من ستة أشهر من أول وطء وطئها فيه الزوج أو أتت بولد لأكثر من سنة[٦] على آخر وطء وطئها فيه الزوج فإن للزوج أن ينفي نسب الولد له وعليه أن يلاعن الزوجة، وكذلك له أن ينفي نسب الولد ويلاعنها إذا استبرأها ولم يطأها بعد الاستبراء ثم أتت بولد بعد ذلك.

واختلف الفقهاء في جواز الملاعنة في أثناء الحمل وقبل الوضع. فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا يصح اللعان في أثناء الحمل لأنه ربما كان ريحاً[٧] وقال المالكية والشافعية والإباضية ينفيه وهو حمل[٨] وذلك لما ورد أن النبي (ﷺ) حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال (إن جاءت به على صفة كذا فما أراه إلا صدق عليها) وهذا يدل على أنها كانت وقت اللعان حاملاً[٩].

---

(١) المغني (٧/ ٤٠٢)، وشرح النيل (٧/ ٣٦١)، وبدائع الصنائع (٤/ ٢٤٤)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٨٢).

(٢) شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ١١٢).

(٣) المغني (٧/ ٤٠٢).

(٤) بدائع الصنائع (٤/ ٢٤١)، والمغني (٧/ ٤٠٢).

(٥) مغني المحتاج (٣/ ٣٨٣).

(٦) لقد حدد القانون أكثر مدة الحمل بسنة واحدة.

(٧) الاختيار (٣/ ١٧١)، وبدائع الصنائع (٣/ ٢٤٦)، والروض المربع (٢/ ٣١٤).

(٨) شرح الموطأ (٣/ ١٩٢)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٨١)، وشرح النيل (١/ ٣٦٧).

(٩) بداية المجتهد (٢/ ١١٧)، المهذب مع تكملة المجموع (١٧/ ٤٥٧).

شـروط اللعان:

يشترط لوجوب اللعان ما يأتي:

١- أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة بين القاذف ومن قذفها، فلا لعان في العقد الفاسد، ولا لعان بين الزوج ومعتدته من طلاق بائن، ويصح اللعان من المعتدة من طلاق رجعي ومن غير المدخول بها[١].

٢- أن تطالب الزوجة باللعان، فإن قذفها الزوج ولم تكذبه في قذفه لها أو سكتت فلا ملاعنة حتى تطالب الزوجة به[٢].

٣- أن لا يقيم الزوج الدليل على دعواه بالشهادة أو إقرار الزوجة[٣].

٤- أن تكون الزوجة عفيفة[٤].

٥- يشترط في المتلاعنين أن يكون الزوجان حرين، عاقلين، بالغين، مسلمين، ناطقين، غير محدودين في قذف عند من قال أن اللعان شهادة، ومن قال أن اللعان أيمان اشترط أن يكون الملاعن بالغاً عاقلاً مختاراً، فيصح عندهم اللعان بين الزوجين الكافرين والفاسقين وكذلك بين الأخرسين[٥].

صفـة اللعان:

١- أن يأتي الرجل والمرأة بصيغة اللعان السابق ذكرها فلا يجوز مثلاً أن يأتي الزوج بلفظ الغضب مكان اللعن أو أن تأتي الزوجة بلفظ اللعن مكان الغضب، ولا يجوز أن تأتي بلفظ القسم بدل كلمة أشهد، ولا اسماً بدل اسم الله[٦].

٢- أن يأتي كل واحد من الزوجين باللعان بحضور الحاكم أو نائبه وبعد أن يطلب منه الملاعنة فإن بادر به لم يصح. ويشترط أن يبدأ الزوج باللعان، فإذا بدأت الزوجة أعادت بعد الزوج، وقال الحنفية: لا تعيد ولكنها خالفت السنة[٧].

٣- أن يوالي الملاعن منهما بين الكلمات الخمس فإذا فصل بينهما فصلاً طويلاً أعاد، ولا يشترط الشافعية الموالاة بين لعانه ولعانها[٨].

---

(١) مغني المحتاج (٣/ ٣٧٨)، والاختيار (٣/ ١٦٨)، ومطالب أولي النهي (٥/ ٥٣٧).
(٢) الاختيار (٣/ ١٦٨)، ومطالب أولي النهي (٣/ ٥٤١).
(٣) بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٠)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٨١).
(٤) المراجع السابقة.
(٥) بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٢)، وبداية المجتهد (٢/ ١١٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٧٦، ٣٧٨).
(٦) المهذب مع تكملة المجموع (١٧/ ٤٣٧).
(٧) مغني المحتاج (٢/ ٣٧٦)، وبدائع الصنائع (٣/ ٢٣٧)، والروض المربع (٢/ ٣١٣).
(٨) مغني المحتاج (٣/ ٣٧٨)، وبدائع الصنائع (٣/ ٢٣٧)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٠١).

٤- أن يشير الزوج إلى الزوجة عند الملاعنة وإذا كانت غائبة فلا بد من تسميتها بما يميزها دفعاً للاشتباه[١].

٥- أن يحضر اللعان جماعة من المسلمين العدول[٢].

٦- أيندب أن يتلاعنا وهما واقفين وأن يكون في أشرف بقاع البلد وهو المسجد، وأن يكون بعد صلاة العصر وأن يستقبل المتلاعنان القبلة[٣].

٧- يسن للحاكم أو نائبه أن يعظهما قبل الملاعنة فيذكرهما بالله ويخوفهما من عذاب الآخرة[٤].

الآثار المترتبة على اللعان:

١- سقوط الحد

إذا لاعن الزوج سقط عنه حد القذف ووجب على الزوجة حد الزنا فإذا لاعنت سقط عنها حد الزنا.
وإذا امتنع الزوج عن الملاعنة بعد قذفه لزوجته أو امتنعت الزوجة عن الملاعنة بعد أن لاعنها الزوج فقد اختلف الفقهاء في وجوب الحد على ثلاثة مذاهب:

الأول: ذهب الشافعية والمالكية والإباضية إلى أنه يجب الحد على الممتنع منهما[٥] لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ الآية، فإذا نكل الزوج عن الالتعان كان بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود[٦].

الثاني: ذهب الحنفية وجماعة من التابعين إلى أنه يحبس الممتنع منهما حتى يلاعن ولا يقام عليه الحد[٧]. وذلك لأن النكول إقرار فيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، وإذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان حرياً ألا يجب بالنكول سفك دم، ولأن القاعدة في الدماء أنها لا تراق إلا بالبينة أو الاعتراف[٨].

الثالث: ذهب الحنابلة إلى أن الزوج يحد إذا نكل ولا تحد الزوجة بنكولها وذلك عملاً بالأدلة التي ذكرها أصحاب المذهبين السابقين[٩] واتفق الفقهاء على أنه إن كذب نفسه بعد القذف حد وأُلحق به الولد[١٠].

---

(١) شرح النيل (٧/ ٣٥٩).
(٢) مغني المحتاج (٣/ ٣٧٨)، والشرح الصغير (٢/ ٦٦٥).
(٣) المغني (٧/ ٤٣٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٧٨)، وكشاف القناع (٥/ ٤٥٤).
(٤) المراجع السابقة.
(٥) المهذب مع تكملة المجموع (١٧/ ٤٥٧)، وبداية المجتهد (٢/ ١٢٠)، والمغني (٧/ ٤٤٤)، وشرح النيل (٧/ ٣٦٦٩).
(٦) بداية المجتهد (٢/ ١٢٠).
(٧) شرح فتح القدير (٤/ ١١٦)، والاختيار (٣/ ١٦٨).
(٨) شرح فتح القدير (٤/ ١١٦).
(٩) المغني (٧/ ٤٤٤).
(١٠) بداية المجتهد (٢/ ١٢٠).

٢- نفي النسب

إذا كان اللعان بنفي الولد انتفى نسبه منه شريطة أن لا يسبق من الزوج ما يدل على إقراره بنسب الولد[١].

٣- الفرقة بين الزوجين

اتفق الفقهاء على أن الفرقة بين الزوجين تحصل بالملاعنة ولكنهم اختلفوا في وقت وقوع الفرقة وصفتها، وهذه آراء الفقهاء في المسألتين:

المسألة الأولى: وقت وقوع الفرقة: ذهب الحنفية والحنابلة في رواية والزيدية إلى أن الفرقة لا تقع حتى يفرق القاضي بينهما[٢].

واستدلوا:

١- بأن الله تعالى أوجب الإمساك بمعروف أو التسريح بإحسان، وقد ثبت حرمة الاستمتاع بعد اللعان فتعين التسريح، فإن لم يسرحها وهو قادر على ذلك كان ظالماً لها فينوب عنه القاضي فيه دفعاً للظلم[٣].

٢- ولأن النبي (ﷺ) فرق بين العجلاني وامرأته لما فرغا من اللعان[٤].

٣- ولأن اللعان لا ينبيء عن زوال ملك النكاح الثابت قبل اللعان فلا تقع الفرقة باللعان نفسه وإنما بطريق القاضي[٥].

وذهب المالكية والظاهرية والإباضية والحنابلة في رواية إلى أن الفرقة تقع بعد فراغهما من اللعان[٦].

واستدلوا:

١- بقول النبي (ﷺ): (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً)[٧].

٢- ولأن اللعان يقتضي حرمة النكاح تحريماً مؤبداً فلم يقف على حكم حاكم كالرضاع[٨].

---

(١) الاختيار (٣/ ١٧٠)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٨٠)، والروض المربع (٢/ ٣١٤).
(٢) بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٤)، والاختيار (٣/ ١٦٩)، والمغني (٧/ ٤١٠).
(٣) بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٤).
(٤) الاختيار (٣/ ١٦٩).
(٥) بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٣)، والاختيار (٣/ ١٦٩).
(٦) شرح الموطأ (٣/ ١٩١)، وبداية المجتهد (٢/ ١٢١)، وشرح النيل (٧/ ٣٦٤).
(٧) سبل السلام (٣/ ١٩٢).
(٨) بداية المجتهد (٢/ ١٢٢)، والمغني (٧/ ٤١٠)، وسبل السلام (٣/ ١٩٢).

وذهب الشافعية إلى أن الفرقة تقع بعد التعان الزوج مباشرة، التعنت الزوجة أم لم تلتعن[١]. وذلك لأن لعان الزوجة لتدرأ به الحد عن نفسها، ولعان الزذوج هو المؤثر[٢].

المسألة الثانية: صفة الفرقة باللعان: اختلف الفقهاء في الفرقة الحاصلة باللعان هل هي فسخ أم طلاق؟:

المذهب الأول: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والإباضية والظاهرية وأبو يوسف من الحنفية إلى أن فرقة اللعان فسخ تحرم به المرأة حرمة مؤبدة على زوجها، ولا تحل له حتى لو كذب نفسه فإنها لا تحل له[٣].

واستدلوا:

١- بقول النبي ﷺ (المتلاعنان لا يجتمعان أبداً)[٤].

٢- ولأنها فرقة توجب التحريم المؤبد فكانت فسخاً كالفرقة بالرضاع[٥].

٣- ولأن اللعان ليس طلاقاً صريحاً ولا نوى به الطلاق فكانت الفرقة به ليست طلاقاً[٦].

المذهب الثاني: ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى أن الفرقة باللعان طلاق بائن، وعلى ذلك وإذا كذب نفسه جاز له أن يتزوجها[٧].

استدلوا:

١- بأن سبب هذه الفرقة الزوج وكل فرقة من الزوج لا مثيل لها من الزوجة تعتبر طلاقاً قياساً على الفرقة بسبب العنّة والخلع والإيلاء[٨].

---

(١) الأم (٥/ ٢٩١)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٨٠).

(٢) شرح الموطأ (٣/ ١٩١)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٨٠)، والمغني (٧/ ٤١٢)، وشرح النيل (٧/ ٣٦٥)، والمحلى (٤/ ١١٤)، وزاد المعاد (٥/ ٣٩٠، ٣٩١).

(٣) شرح الموطأ (٣/ ١٩١)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٨٠)، والمغني (٧/ ٤١٢)، وشرح النيل (٧/ ٣٦٥)، والمحلى (٤/ ١١٤)، وزاد المعاد (٥/ ٣٩٠، ٣٩١).

(٤) شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ١٩١).

(٥) مغني المحتاج (٣/ ٣٨٠).

(٦) المهذب مع تكملة المجموع (١٧/ ٤٥٣).

(٧) بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٥)، والاختيار (٣/ ١٦٩).

(٨) بدائع الصنائع ٣/ ٢٤٥-٢٤٦.

المطلب الثاني

الإيلاء

تعريفه:

الإيلاء في اللغة: الحلف، وهو مصدر آلي يولى ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَأْتَلِ أُولُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ﴾ [النور: ٢٢][١].

الإيلاء في الشرع: الحلف عن الإمتناع عن وطء الزوجة مطلقاً أكثر من أربعة أشهر[٢].

الدليل على الإيلاء:

الأصل في ثبوت الإيلاء قوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُو فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦-٢٢٧].

قال ابن عباس رضي الله عنهما: كان إيلاء الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك، يقصدون بذلك إيذاء المرأة عند المساءَة فوقت لهم أربعة أشهر، فمن آلى بأقل من ذلك فليس بإيلاء حكمي[٣].

ويظهر من قول ابن عباس رضي الله عنهما أن الإيلاء كان يستعمل في الجاهلية لإيذاء المرأة حيث يجعلها كالمعلقة لا هي زوجة ولا مطلقة، فوضع الإسلام لذلك حداً لا يجوز للزوج أن يتجاوزه وهو مدة أربعة أشهر.

حكم الإيلاء:

مما سبق يتبين أن الإيلاء أكثر من أربعة أشهر حرام لأنه إيذاء للزوجة، وإذا كان أقل من ذلك فهو جائز إن قصد به تأديب الزوجة وردها إلى الصواب إن أعيته الوسائل الأخرى التي شرعها الله تعالى لمعالجة حالات النشوز. وقد آلى رسول الله (ﷺ) من نسائه شهراً، وكانت قد انفكت رجله فأقام في مشربة له تسعاً وعشرين يوماً ثم نزل فقالوا: يا رسول الله آليت شهراً، فقال: الشهر تسع وعشرون[٤].

صيغة الإيلاء:

الإيلاء يتم بالألفاظ الصريحة مثل والله لا آتيك ولا أجامعك وغيرها مما هو صريح في الدلالة عليه. ويتم الإيلاء بألفاظ الكناية إذا قصد به عدم الجماع: مثل والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء أو لأغيظنك[٥].

---

(١) لسان العرب (١٤/ ٤١).

(٢) نيل الأوطار (٧/ ٤٨)، وكفاية الأخبار (٢/ ١١٠)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٤٣).

(٣) الجامع لأحكام القرآن (٣/ ١٠٣).

(٤) فتح الباري (٩/ ٤٢٥).

(٥) مغني المحتاج (٣/ ٣٤٦)، والاختيار (٣/ ١٥٢).

مقومات الإيلاء وشروطها:

لا يقوم الإيلاء إلا إذا وجد حالف ومحلوف عليها ومحلوف عليه ومحلوف به ولكل منها شروط لابد من توافرها.

الشروط الواجب توافرها في الحالف:

يشترط في الحالف أن يكون زوجاً لمن حلف على ترك وطئها، وأن يكون مكلفاً (بالغاً عاقلاً) وأن يكون مختاراً غير مكره، وأن يكون قادراً على الوطء فالمجبوب والأشل والشيخ الفاني لا يقع الإيلاء منهم، ومن به عارض طارىء يمنعه من الوطء كالمريض يصح إيلاؤه ما لم يقيده بمدة مرضه[1]، ويقع الإيلاء من الغضبان إذا لم يَحُل الغضب بينه وبين إرادته. ويصح إيلاء الذِّمِّيِّ لأنه يعتقد حرمة اسم الله تعالى ولذا يستحلف على الدعاوى كالمسلم[2].

الشروط الواجب توافرها في المحلوف عليها:

يشترط في المحلوف عليها أن تكون زوجة أو معتدة من طلاق رجعي سواء كانت مدخولاً بها أم لا، وأن تكون مطيقة للوطء قابلة له، فلا يصح الإيلاء من الصغيرة ولا من الرتقاء والقرناء لأن القصد من الإيلاء إلحاق الضرر بالزوجة وهذا لا يتحقق مع من سبق ذكرهن[3].

الشروط الواجب توافرها في المحلوف عليه:

يشترط أن يكون قاصداً ترك الجماع في القبل في غير زمن الحيض أو النفاس. مدة تزيد على أربعة أشهر[4]. وإذا آلى من زوجته مدة أربعة أشهر فقد ذهب الحنفية إلى أنه يكون مولياً[5] وذهب الشافعي ومالك وأحمد أنه لا يكون مولياً بذلك فلا بد لاعتباره مولياً أن تكون المدة أكثر من أربعة أشهر[6].
وذهب بعض التابعين إلى أنه يكون مولياً إن كانت المدة المضروبة أقل من أربعة أشهر وهو قول الحسن وابن أبي ليلى والنخعي وقتادة ويمهل إلى أربعة أشهر[7] وإذا أطلق اعتبر مولياً كمن قال لزوجته والله لا أقربك دون ذكر مدة.

الشروط الواجب توافرها في المحلوف به:

لا خلاف بين العلماء في أن من حلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته على عدم قربان زوجته المدة

---

(١) بدائع الصنائع (٣/ ١٧١)، والشرح الصغير (٢/ ١٦٩)، والأم (٥/ ٢٨٨).
(٢) المغني (٨/ ٥٢٤).
(٣) بدائع الصنائع (٣/ ١٧١)، والأم (٥/ ٢٨٨).
(٤) المغني (٨/ ٥٢٢).
(٥) الاختيار (٣/ ١٥٢).
(٦) زاد المعاد (٥/ ٣٤٥)، ونيل الأوطار (٧/ ٤٩).
(٧) المغني (٨/ ٥٠٦).

المذكورة آنفاً يكون مولياً، واختلفوا في الحلف بالطلاق أو على الصوم أو الحج فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يكون مولياً بذلك[١]، لأن الإيلاء معناه الحلف وسواء كان بالله تعالى أو بغيره فإنه يكون مولياً، ولأن قصده الإضرار بالزوجة.

وذهب أحمد في رواية ثانية وابن حزم إلى أنه لا يعتبر مولياً، لأن اليمين لا تكون إلا بالله تعالى أو صفة من صفاته[٢].

هل يقع الطلاق بعد انتهاء المدة من غير قضا ء؟ وما صفته ؟

إذا آلى الزوج من زوجته فإذا عاد فعاشرها معاشرة الأزواج قبل مضي أربعة أشهر فقد حنث في يمينه وعليه كفارة اليمين. وإذا مضت المدة -الأربعة أشهر- ولم يفيء إلى زوجته فقد اختلف الفقهاء في الأثر المترتب على ذلك:

ذهب الحنفية إلى أنه يقع الطلاق بمضي المدة ولا يحتاج إلى قضاء القاضي، ويكون الطلاق بائناً[٣]، وذلك لأن الآية الكريمة أرشدت إلى الفيئة في المدة، فإن لم يفيء في المدة فقد عزم الطلاق فيعتبر مطلقاً، ولأن الدائن إذا قال لغريمه أصبر عليك بديني أربعة أشهر فإن وفيتني وإلا حبستك، يفهم من هذا القول: إن وفيتني في المدة وإلا حبستك[٤]، وقد قرأ ابن مسعود ﴿فإن فاءوا فيهن فإن الله غفور رحيم﴾ فإضافة الفيئة إلى المدة تدل على استحقاق الفيئة في المدة، وهذه القراءة إما أن تجرى مجرى خبر الواحد فتوجب العمل بها وإن لم توجب كونها قرآناً وإما أن تكون قرآناً نسخ لفظه وبقي حكمه، وكلا الاحتمالين يوجب العمل بها[٥]، وإنما يقع بائناً لأن الرجعي لا يرفع الضرر به عن الزوجة[٦].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة بل يخير بعدها إما أن يطلق أو يفيء، فإن لم يفء رفعت الأمر إلى القاضي فيطلق عليه طلاقاً رجعياً[٧] لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة بل يخير بعدها إما أن يطلق أو يفيء، فإن لم يفء رفعت الأمر إلى القاضي فيطلق عليه طلاقاً رجعياً[٨] لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً.

وروى عن أحمد إن وقع بطريق القاضي فيكون بائناً.

---

(١) تكملة المجموع (١٧/ ٢٩٠)، والمغني (٨/ ٥٠٤).
(٢) المحلى (١١/ ٢٤١).
(٣) بدائع الصنائع (٣/ ١٧٦).
(٤) زاد المعاد (٥/ ٣٤٧).
(٥) بدائع الصنائع (٣/ ١٧٦)، وزاد المعاد (٥/ ٣٤٧).
(٦) بداية المجتهد (٢/ ١٠٢)، وبدائع الصنائع (٣/ ١٧٦).
(٧) نيل الأوطار (٧/ ٤٩)، وبداية المجتهد (٢/ ١٠٠)، وكفاية الأخبار (٢/ ١١٢).
(٨) نيل الأوطار (٧/ ٤٩)، وبداية المجتهد (٢/ ١٠٠)، وكفاية الأخبار (٢/ ١١٢).

واستدل الجمهور بما روى عن سهل بن أبي صالح عن أبيه قال: سألت اثني عشر نفساً من الصحابة عن الرجل يولى فقالوا كلهم: ليس عليه شيء حتى تمضي عليه أربعة أشهر فإن فاء وإلا طلق[1] ولأن الله تعالى أضاف الطلاق في الآية الكريمة إلى فعله فقال تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧] وهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة، ولو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى عزم عليه[2]، ولأن الله تعالى ذكر الفيئة بعد المدة بفاء التعقيب وهذا يقتضي أن تكون بعد مضي المدة[3].

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب أبي حنيفة عملاً بالمادة [١٨٣] منه.

المطلب الثالث

الظهار

تعريفه:

الظهار في اللغة : مصدر ظاهر، وهو مشتق من الظهر وهو كل شيء خلاف البطن، يقال: ظاهرت فلاناً إذا قابلت ظهرك بظهره حقيقة، والظهار: قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي[4].

وفي الشرع : هو تشبيه الرجل امرأته أو جزءاً منها أو جزءاً يعبر به عن الكل بامرأة محرمة عليه على التأبيد أو بعضو منها لا يحل له النظر إليه[5].

الأصل في الظهار:

كان أهل الجاهلية يعتبرون الظهار صيغة من صيغ الطلاق، ثم حدث أن أوس بن الصامت ظاهر من زوجته خولة بنت مالك بن ثعلبة وهي التي جادلت فيه رسول الله (ﷺ) واشتكت إلى الله تعالى، وسمع الله شكواها من فوق سبع سموات فقالت: يا رسول الله إن أوس بن الصامت تزوجني وأنا شابة مرغوب فيّ، فلما خلا سني، ونثرت له بطني جعلني كأمه عنده، فقال لها رسول الله (ﷺ): (ما عندي في أمرك شيء) فقالت: اللهم إني أشكو إليك[6]. وروي أنها قالت: إن لي صِبيةً صغاراً إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن ضممتهم إليّ جاعوا، فنزل قوله تعالى: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ

---

(١) كفاية الأخبار (٢/ ١١٢).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ١٠٠-١٠١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) لسان العرب (٤/ ٥٢٨).

(٥) الاختيار (٣/ ١٦١).

(٦) سنن ابن ماجه (حديث رقم ٢٠٦٣ كتاب الطلاق باب الظهار)، السنن الكبرى (٧/ ٣٨٢).

﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ۚ وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ ۝ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ۚ ذَٰلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۗ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [المجادلة: ١-٤].

فقد بينت الآيات أن الظهار ليس طلاقاً، ومن فعل ذلك وجب عليه أن يكفر قبل أن يطأ زوجته.

حكم الظهار:

الظهار حرام وهو من الكبائر لأن فيه اعتداء على حق الشارع في التحليل والتحريم وتغيير حكم الله تعالى، ويجب على من أتى به أن يكَفّر قبل أن يطأ زوجته[١].

صيغة الظهار:

قد يكون الظهار بالألفاظ الصريحة أو بالكناية، والصريح هو ما لا يحتمل إلا الظهار كقوله أنت علي كظهر أمي، وبهذه الصيغة تحرم عليه زوجته لمظاهرته منها دون توقف على النية.

والكناية: اللفظ الذي يحتمل الظهار وغيره مثل أنت علي كأمي فهذه الصيغة تحتمل أنها كأمه في الاحترام أو التحريم فإن قصد التحريم كان ظهاراً، لأن الكناية مع النية كاللفظ الصريح فيه، وإن نوى بذلك الطلاق كان طلاقاً[٢].

شروط الظهار:

يشترط في المظاهِر أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً وأن يكون زوجاً للمظاهَر منها وأن يكون مختاراً.

ويشترط في المظاهَر منها: أن تكون زوجة حقيقية أو حكماً بأن تكون معتدة من طلاق رجعي أما مَن كانت معتدة من طلاق بائن أو فرقة اعتبرت فسخاً فلا يصح الظهار منها لأنها محرمة بدون مظاهرة، ويصح الظهار من الزوجة الصغيرة وغير المسلمة ومن الحائض والمُحْرِمة بالحج[٣].

ويشترط فيمن شبهت بها الزوجة أن تكون أنثى محرمة على الزوج تحريماً مؤبداً أو عضواً من أنثى محرمة تحريماً مؤبداً لا يحل النظر إليه[٤].

أحكام الظهار:

سبق أن ذكرنا أن الظهار حرام، ويجب على المظاهر الامتناع عن وطء زوجته حتى يكَفّر، والكفارة

---

(١) الاختيار (٣/ ١٦١).

(٢) بداية المجتهد (٢/ ١١٣)، وكفاية الأخيار (٢/ ٧١).

(٣) كشاف القناع (٥/ ٤٢٩)، وبداية المجتهد (٢/ ١١٧)، والمبسوط (٦/ ٢٣١)، ومغني المحتاج (٣/ ٣٥٢)، والأم (٥/ ٢٧٧).

(٤) كفاية الأخيار (٢/ ٧٠)، وأسهل المدارك (٢/ ١٦٩).

لا تجب بالظهار نفسه وإنما تجب بالعودة لقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المجادلة: ٣] الآية والعود الذي تجب به الكفارة عند الجمهور هو العزم على الوطء وقال الشافعية هو إمساك الزوجة بعد ظهارها وقتاً يتمكن فيه من الطلاق فلا يطلق[١]. وأما الاستمتاع بما دون الوطء فجائز عند الشافعية في قول وهو رواية عن أحمد ومنعه الحنفية والمالكية وهو رواية عن أحمد[٢].
ووجه من قال بجواز الاستمتاع بما دون الوطء قبل التكفير ظاهر قوله تعالى ﴿ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾ [المجادلة: ٣]. ووجه من قال بعدم جواز الاستمتاع بما دون الوطء قبل التفكير أن التماس كناية عن الجماع[٣].

كفارة الظهار:

تجب كفارة الظهار على الترتيب الذي جاءت به الآية الكريمة فهي:

١-تحرير رقبة: ولا يشترط أن تكون مسلمة عند أبي حنيفة لإطلاقها في الآية دون قيد وقال الشافعية والمالكية والحنابلة في ظاهر المذهب: يجب أن تكون مؤمنة حيث حملوا المطلق في كفارة الظهار على المقيد في كفارة القتل[٤].

٢- الصيام: إذا لم يقدر على تحرير رقبة فيجب عليه الصيام شهرين متتابعين دون أن يفطر يوماً واحداً، فإن أفطر يوماً وجب عليه أن يستأنف صوم الكفارة وكذلك إذا تخللها صوم رمضان[٥].

٣- الإطعام: إذا لم يستطع صيام شهرين متتابعين فيجب عليه أن يطعم ستين مسكيناً بأن يطعم كل واحد منهم وجبتين مشبعتين ليوم واحد، وله أن يعطيهم قيمة الطعام وله أن يطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أو يعطيه قيمة ذلك[٦].

---

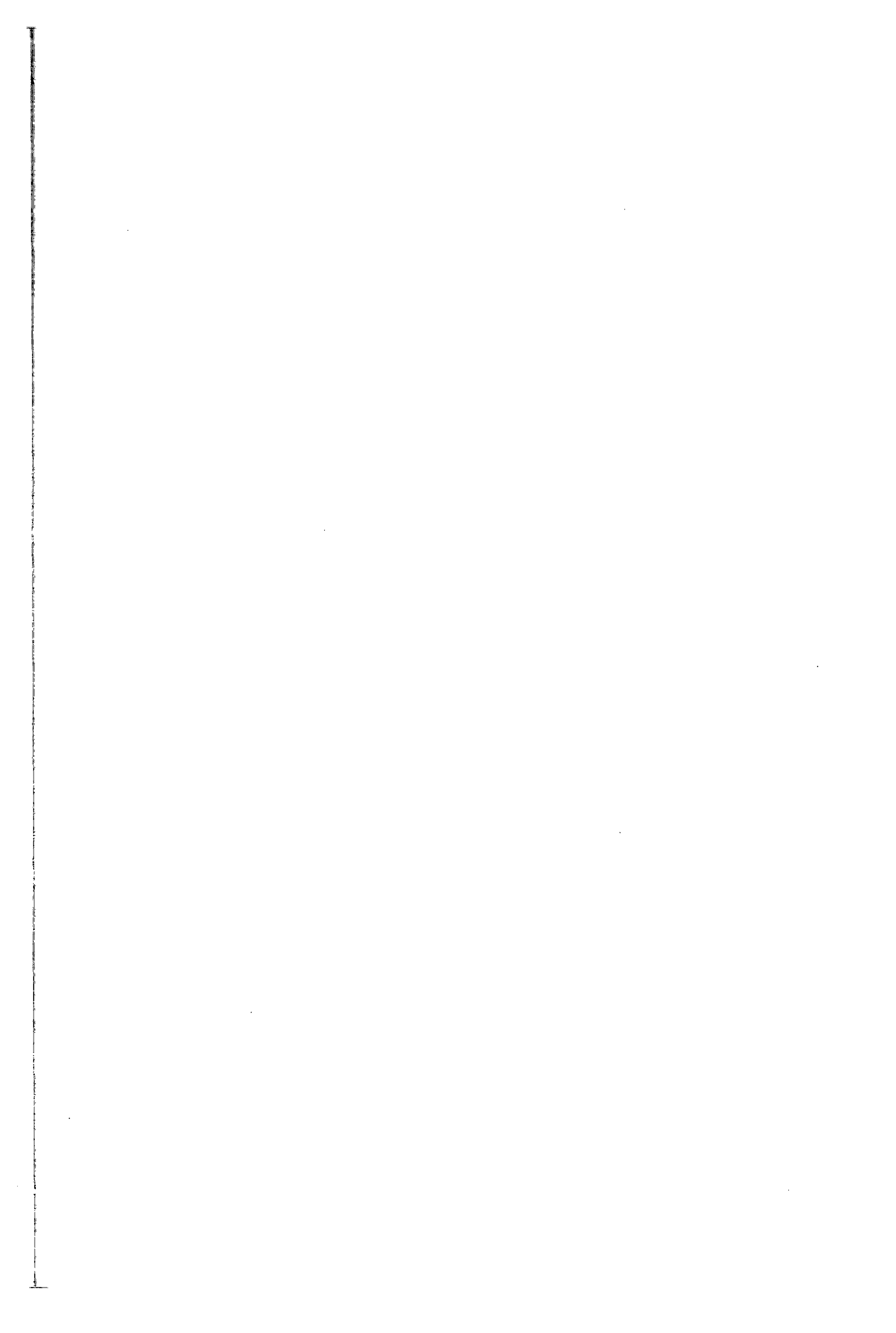
(١) زاد المعاد (٥/ ٣٣٤)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٤٦٩)، وأسهل المدارك (٢/ ١٧١).
(٢) زاد المعاد (٥/ ٣٣٧)، والمغني (٧/ ٣٥١).
(٣) زاد المعاد (٥/ ٣٣٨)، وروضة الطالبين (٨/ ٢٧٠).
(٤) زاد المعاد (٥/ ٣٤٠).
(٥) مطالب أولي النهي (٥/ ٥٢٤)، وكفاية الأخيار (٢/ ٧٤)، والاختيار (٣/ ١٦٥).
(٦) كشاف القناع (٥/ ٤٣٨)، وكفاية الاخيار (٢/ ٧٤)، والاختيار (٣/ ١٦٥).



القسم الثالث

الآثار المترتبة

على التفريق بين الزوجين والولادة



الفصل الأول

في العدة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: في تعريف العدة ومشروعيتها وحكمة مشروعيتها وحكمها، وسبب وجوبها.

المبحث الثاني: في أنواع العدة وأحكامها.

المبحث الأول

في تعريف العدة ومشروعيتها

وحكمة مشروعيتها وحكمها، وسبب وجوبها

تعريف العدة:

العدة في اللغة: من العد بمعنى إحصاء الشيء، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَأَحْصَىٰ كُلَّ شَيْءٍ عَدَدًا ﴾ [الجن: ٢٨].

وعدة المرأة: أيام أقرائها أو أيام حدادها على بعلها.

وسميت بذلك لأن المرأة تحصي أشهر العدة أو الأقراء[١].

العدة في الاصطلاح: ذكر الفقهاء تعريفات عديدة لها نذكر منها:

١- اسم لأجل ضرب لانقضاء ما بقي من اثار النكاح[٢].

٢- تربص يلزم المرأة أو الرجل عند وجود سببه[٣] وذلك حيث لا يجوز للرجل الزواج من أخت امرأته أو عمتها أو خالتها أو بنت أختها إلا بعد انتهاء العدة، ويجوز له أن يتزوج من امرأة أخرى لا يحرم الجمع بينها وبين زوجته المطلقة، وكذلك إذا كان متزوجاً من أربع وطلق إحداهن فلا يجوز له أن يتزوج بأخرى حتى تنتهي عدة المطلقة.

٣- مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها[٤].

٤- مدة معلومة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها وذلك يحصل بوضع الحمل أو مضي أقراء أو أشهر[٥].

ويلاحظ أن جميع تعريفات الفقهاء متقاربة، والاختلاف بينها لفظي، لا يؤدي الى اختلاف في المعنى المقصود من العدة.

مشروعية العدة:

ثبتت مشروعية العدة بالكتاب والسنة والاجماع.

---

(١) لسان العرب ٣/ ٢٨١، المصباح المنير ٢/ ٣٩٥.
(٢) بدائع الصنائع ٣/ ١٩٠.
(٣) حاشية ابن عابدين ٣/ ٥٠٢.
(٤) مغنى المحتاج ٣/ ٣٨٤، حاشية البيجوري ٢/ ١٧٣.
(٥) المبدع شرح المقنع ٨/ ١٠٧.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ ﴾ [الطلاق: ١].

وقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

وقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤].

وقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وأما السنة: فقوله (ﷺ) لفاطمة بنت قيس (اعتدي في بيت ابن أم مكتوم)[١] وما روي عن زينب ابنة سلمة قالت: دخلت على أم حبيبة زوج النبي (ﷺ) حين توفي أبوها أبو سفيان بن حرب فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق فمست منه ثم قالت: والله مالي بالطيب من حاجة غير أني سمعت رسول الله (ﷺ) يقول: (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً)[٢].

وما روي عن أم سلمة زوج النبي (ﷺ) أن امرأة من أسلم يقال لها: سبيعة الأسلمية كانت تحت زوجها، توفي عنها وهي حبلى فخطبها أبو السنابل بن بعكك فأبت أن تنكحه فقال: (وا ما يصلح أن تنكحيه حتى تعتدي اخر الأجلين)، فمكثت قريباً من عشر ليال، ثم جاءت النبي (ﷺ) فقال لها: (أنكحي)[٣]. وفي رواية أخرى (قد حللت فأنكحي من شئت)[٤].

وبما روي عن نافع أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله (ﷺ) فسأل عمر بن الخطاب رسول الله (ﷺ) عن ذلك فقال رسول الله: (مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسكها بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء)[٥].

وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة[٦].

حكمة مشروعية العدة:

للعدة حكم كثيرة نذكر منها:

١- صيانة الأنساب وذلك بمعرفة براءة رحم المرأة من الحمل.

---

(١) مسلم: صحيح مسلم ١٩٦/٤.
(٢) الخاري: صحيح البخاري بحاشية السندي ٣/ ٢٨٣، مسلم: صحيح مسلم ٢/ ١٢٤ طبعة دار الفكر.
(٣) البخاري: صحيح البخاري بحاشية السندي ٣/ ٢٨١.
(٤) صحيح مسلم ٢٠١/٤.
(٥) الموطأ شرح الزرقاني ٣/ ٢٠٠ ورواه البخاري: صحيح البخاري بحاشية السندي٣/ ٢٨٣.
(٦) المغني ٤٤٨/٩.

٢ - إعطاء الزوج فرصة لإعادة الحياة الزوجية زمن العدة بمراجعة الزوجة فيها خصوصاً اذا كان الطلاق قد وقع منه نتيجة الانفعال وعدم ترو.

٣- التأسف على فراق الزوج، والحداد عليه اذا كانت الفرقة بسبب الوفاة.

٤- إظهار أهمية الزواج وبيان خطر إنهائه، وأنه تترتب عليه اثار خطيرة.

٥- تعتبر العدة فترة نقاهة لرحم المرأة، وبها يتميز النكاح عن السفاح.

حكم العدة:

العدة واجبة على كل مفارقة لزوجها إلا المطلقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة فإنه لا عدة عليها. قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَا ﴾ [الاحزاب: ٤٩].

وقد نصت المادة (١٤٢) على أن المطلقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة أو التي فسخ عقدها قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة لا تجب عليها عدة حيث جاء فيها (إذا وقع الطلاق أو الفسخ قبل أن يتأكد العقد الصحيح أو الفاسد بالخلوة أو الدخول لا تلزم العدة).

سبب وجوب العدة:

إن سبب وجوب العدة في العقد الصحيح هو:

أ - الفرقة بطلاق أو فسخ اذا حصل دخول أو خلوة صحيحة. فالمطلقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة لا تجب عليها عدة، وكذلك التي فسخ عقد زواجها قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة.

ب- الفرقة بوفاة الزوج سواء حصل دخول أم لم يحصل.

وتبتدأ العدة في العقد الصحيح من وقت وقوع الطلاق أو الفسخ أو الوفاة ولو لم تكن الزوجة مطلعة على هذه الأحوال.

ومن أسباب وجود العدة المتاركة في العقد الفاسد والوطء بشبهة، ولكنها لا تثبت بهما إلا بالدخول أو الخلوة الصحيحة، وتبتدىء العدة من وقت المتاركة في العقد الفاسد ومن اخر دخول بها في الوطء بشبهة.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٤١) حيث جاء فيها (مبدأ العدة المذكورة في المواد السابقة وقوع الطلاق أو ووقوع الفسخ أو وفاة الزوج ولو لم تكن الزوجة مطلعة على هذه الأحوال).

المبحث الثاني

في أنواع العدة وأحكامها

للعدة ثلاثة أنواع هي:

عدة بالأقراء وعدة بالأشهر وعدة بوضع الحمل.

النوع الأول: العدة بالأقراء

معنى القرء:

الأقراء: جمع قرء وفيه لغتان الفتح والضم ويطلق على فترة الحيض أو الطهر، ولذا يقال أقرأت المرأة في الأمرين جميعاً، وأصله من دنو وقت الشيء.

قال الشافعي: القرء اسم للوقت فلما كان الحيض يجيء لوقت والطهر يجيء لوقت، جاز أن يكون الأقراء حيضاً أو أطهاراً. قال: ودلت سنة رسول الله (ﷺ) أن الله سبحانه أراد بقوله: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ الأطهار، وذلك أن ابن عمر لما طلق امرأته وهي حائض، سأل عمر رضي الله عنه النبي (ﷺ) في ذلك فقال: (مره فليراجعها، فاذا طهرت فليطلقها، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء).

وقال أبو اسحاق: الذي عندي في حقيقة هذا أن القرء في اللغة: الجمع ومنه قولهم قريت الماء في الحوض بمعنى جمعته، ومنه قرأت القران: أي لفظت به مجموعاً.

وعلى ذلك فالقرء: اجتماع الدم في الرحم وذلك إنما يكون في الطهر، وورد أن عائشة وابن عمر رضي الله عنهما قالا: الاقراء والقروء هي الأطهار[1]

وقد رجح الحنفية أن القرء بمعنى الحيض وبهذا قال جماعة من الصحابة والتابعين منهم أبو بكر وعمر وعلي وابن مسعود[2] وذلك لما ورد أن النبي (ﷺ) قال لفاطمة بنت قيس (دعي الصلاة أيام أقرائك)[3].

ورجح الشافعية والمالكية والحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد أن القرء بمعنى الطهر وبه قال بعض الصحابة. وتظهر ثمرة الخلاف في زمن انقضاء العدة فمن قال: إنها الحيض يقول لا تنقضي العدة إلا باستكمال ثلاث حيض، ومن قال إنها الأطهار يقول: إذا شرعت في الحيضة الثالثة انقضت العدة[4].

---

(١) لسان العرب ١/ ١٣٠-١٣١.

(٢) الاختيار ٣/ ١٧٤: الهداية ٢/ ٢٨، شرح فتح القدير ٣/ ٢٧٠.

(٣) سبل السلام ٣/ ٢٠٥، نيل الأوطار ٧/ ٩١.

(٤) حاشية البيجوري ٢/ ١٧٥ الإقناع ٢/ ١٧٥ الإنصاف ٩/ ٢٧٩.

وقد أخذ القانون برأي الحنفية فاعتبر الأقراء بمعنى الحيض عملاً بالمادة (١٨٣) منه التي توجب الأخذ بالراجح من مذهب الحنفية، ولما كانت المادة (١٣٥) أوجبت العدة ثلاثة قروء كاملة وجب تفسيرها وفق مذهب الحنفية.

من تجب عليها العدة بالأقراء:

تجب العدة بالأقراء على كل مفارقة لزوجها بطلاق أو فسخ بعد الدخول بها أو الخلوة الصحيحة إذا كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملاً، فالمتوفي عنها زوجها تعتد بالأشهر لا بالأقراء وكذلك الصغيرة واليائسة تعتد بالأشهر لا بالأقراء لأنها ليست من ذوات الأقراء، والحامل تعتد بوضع حملها كما سيأتي بيانه.

وتجب العدة بالمتاركة في العقد الفاسد ووطء الشبهة على ذوات الحيض بالأقراء، ومدة العدة بالأقراء ثلاثة قروء كاملة، فلا تحسب بعض الحيضة، فلو طلقت طلاقاً بدعياً في أثناء الحيض فإن جزء هذه الحيضة لا يعتد به، وعليها أن تعتد بثلاث حيضات كاملة. وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٥) حيث جاء فيها (مدة عدة المتزوجة بعقد صحيح والمفترقة عن زوجها بعد الخلوة بطلاق، أو فسخ ثلاثة قروء كاملة اذا كانت غير حامل وغير بالغة سن اليأس، واذا ادعت قبل مرور ثلاثة أشهر انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك).

ونصت المادة (١٣٨) على المتاركة بالعقد الفاسد حيث جاء فيها (أحكام المواد السابقة جارية على النساء المدخول بهن بالزواج الفاسد ثم فرقن).

النوع الثاني: العدة بالأشهر:

وتجب العدة بالأشهر في الصور التالية:

١- **عدة الوفاة**: إذا توفي الزوج عن زوجته ولم تكن حاملاً فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة وذلك لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]

سواء كانت الزوجة مدخولاً بها أم غير مدخول بها وسواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض اذا لم تكن حاملاً. والمعتبر الأشهر القمرية لا الشمسية، فاذا ابتدأت العدة من منتصف الشهر اعتبرت العدة بالأيام فيعد لكل شهر ثلاثون يوماً.

وإذا توفي وكان عقد الزواج فاسداً اعتدت المرأة بالأقراء لا بالأشهر.

وقد نصت المادة (١٣٩) على أن (النساء المتزوجات بعقد صحيح عدا الحوامل منهن اذا توفي أزواجهن يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرة أيام سواء دخل بهن أم لا).

٢- **عدة الايسة والصغيرة**: إذا لم تكن المرأة من ذوات الحيض بأن بلغت سن اليأس أو لصغر سنها حيث لم تصل الى سن البلوغ ثم فارقها زوجها بطلاق أو فسخ بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة ولم

تكن حاملاً فإن عدتها تكون بالأشهر، والأصل أن تكون عدتها بالأقراء، ولعدم وجودها قامت الأشهر مقامها فتعتد بثلاثة أشهر، لأنها تقوم مقام ثلاث حيضات، فالمرأة الصحيحة الجسم تحيض في كل شهر مرة غالباً، والمعتبر هو الغالب، قال تعالى: والللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة . . لم يحضن[1] أي عدتهن ثلاثة أشهر كذلك.

واختلف الفقهاء في سن اليأس على أقوال كثيرة والمفتى به عند الحنفية هو خمس وخمسون سنة[2]، وقدره المالكية بسبعين سنة[3] وأقصاه عند الشافعية اثنتان وستون سنة[4] وهو عند الحنابلة لا يتجاوز الخمسين سنة[5].

وقد جاء في المادة (١٣٧) من القانون تحديد عدة اليائسة بثلاثة أشهر حيث جاء فيها: (النساء المتزوجات بعقد صحيح والمفترقات عن أزواجهن بعد الخلوة بالطلاق أو الفسخ عدتها ثلاثة أشهر اذا كن بلغن سن اليأس).

ولم ينص القانون على عدة الصغيرة لأنه منع الزواج قبل سن الخامسة عشرة.

المرأة الحائض اذا لم تر الحيض:

إذا كانت المرأة من ذوات الأقراء ولم تر الحيض أو رأته مرة أو مرتين ثم انقطع فقد ذهب الحنفية والشافعي في الجديد الى أنها في عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس فتعتد بثلاثة أشهر وبهذا قال بعض الصحابة منهم علي وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت[6] ، وللشافعية قول: بأنها تتربص أربع سنين ثم تعتد بثلاثة أشهر[7]

وذهب المالكية والحنابلة والشافعي في القديم الى أنها تتربص تسعة أشهر وهي غالب مدة الحمل ثم تعتد بعد ذلك بالأشهر[8] وذلك لما روي أن عمر بن الخطاب أفتى فيمن تحيض مرة أو مرتين ثم ينقطع عنها الحيض أنها تنتظر تسعة أشهر، فإن لم تر فيها الدم فأنها تعتد بثلاثة أشهر[9]. فاذا لم تر الدم في الأشهر الثلاثة انتهت العدة، وإن رأت الدم تحولت العدة الى الأقراء واعتدت بها، وعلى ذلك فلا تعتد بالأشهر حتى ترى سنة بيضاء كاملة تتربص فيها تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة أشهر.

وقد نص القانون في المادة (١٣٦) على أن التي وصلت سن اليأس تعتد بثلاثة أشهر بعد بلوغها سن

---

(١) الطلاق: ٤.
(٢) الحاشية ٣/ ٥٠٩.
(٣) الشرح الصغير ٢/ ٦٧٢.
(٤) مغني المحتاج ٣/ ٣٨٧.
(٥) الإنصاف ٩/ ٢٨٢.
(٦) بدائع الصنائع ٣/ ٢٠٠، مغني المحتاج ٣/ ٣٨٩.
(٧) مغني المحتاج ٣/ ٣٨٧.
(٨) مواهب الجليل ٤/ ١٤٣، كشاف القناع ٥/ ٤٢٠ المغني ٧/ ٤٦٣، زاد المعاد ٤/ ٢٠٦.
(٩) الكافي في فقه أهل المدينة ١/ ٥١٧، المبدع ٨/ ١٢٤.

اليأس وإن لم تصل الى سن اليأس فإنها تتربص تسعة أشهر تتمة السنة.

والأصل أن ينص القانون على أنها تتربص تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة أشهر أخرى تتمة السنة وليس العكس.

وهذا نص المادة (١٣٦) (إذا لم تر المعتدة في المادة المذكورة حيضاً أو رأته مرة أو مرتين ثم انقطع ينظر: فإن بلغت سن الإياس تعتد ثلاثة أشهر من زمن بلوغها إليه وإن لم يكن بلغت سن الإياس تتربص تسعة أشهر تتمة للسنة).

والمفارقة عن عقد زواج فاسد تجري عليها أحكام المطلقة في عقد الزواج الصحيح عملاً بالمادة (١٣٨) من القانون وقد سبقت الإشارة لهذا.

النوع الثالث: عدة الحامل:

إذا فارقت المرأة الحامل زوجها بطلاق أو فسخ أو وفاة فإن عدتها تكون بوضع الحمل ولو وضعت بعد يوم من وفاة الزوج، وبهذا قال جمهور الفقهاء[١] واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]

وبحديث سبيعة الأسلمية حيث قال لها النبي (ﷺ) بعد أن ولدت (قد حللت فانكحي من شئت)[٢] وقد سبق ذكر الحديث بتمامه.

ولقول عمر رضي الله عنه (لو وضعت وزوجها على السرير حلت)[٣]. ولأن العدة شرعت لمعرفة براءة الرحم وقد تأكد بالوضع[٤].

وذهب بعض الصحابة الى أن الحامل التي توفي عنها زوجها تعتد بأبعد الأجلين من الوضع أو عدة الوفاة، وروي هذا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وابن عباس رضي الله عنهما[٥].

واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وبقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].. والجمع بين الدليلين أولى للخروج من العهدة بيقين.

وأجيب عن ذلك: بأن الاية في قوله تعالى وأولات الأحمال متأخرة في النزول عن قوله تعالى: يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً فتكون ناسخة لذوات الأحمال[٦] والولادة التي تنتهي بها العدة

---

(١) الاختيار ٣/ ١٧٢، شرح فتح القدير ٣/ ٢٧٣، المغني ٧/ ٤٩٩، مغني المحتاج ٣/ ٣٨٨.

(٢) مسلم: صحيح مسلم ٤/ ٢٠١.

(٣) كفاية الأخيار ٢/ ٢٣٤.

(٤) مغني المحتاج ٣/ ٣٨٨.

(٥) أحكام القران ٣/ ١٧٥، وابو الطيب الحسيني: الروضة الندية ٢/ ٧٠.

(٦) سبل السلام ٣/ ١٩٨، زاد المعاد ٤/ ١٨٤.

يشترط فيها أن يكون ما وضعته قد استبان خلقه أو بعض خلقه، فإن لم يتبين بعض خلقه لم تنقض العدة بوضع الحمل، لأنه قد يكون دماً متجمداً[1]. كما يشترط لانتهاء العدة بوضع الحمل أن يكون الولد منسوباً الى صاحب العدة ولو احتمالاً كمنفي بلعان[2]. والمفارقة من عقد زواج فاسد اذا كانت حاملاً تعتد بوضع الحمل كالمفارقة من عقد الزواج الصحيح.

وقد نصت المادة (١٤٠) على أن المرأة المتزوجة بعقد صحيح إذا فرقها زوجها بالطلاق أو الفسخ أو توفي عنها وهي حامل فعليها أن تتربص إلى أن تضع حملها، فإن أسقطت حملها ينظر: فإن كان الولد مستبين الخلقة كلها أو بعضها فهو كالوضع، وإن لم يكن مستبين الخلقة تعامل وفقاً للأحكام المحررة في المواد السابقة، وحكم هذه المادة جار أيضاً على الحوامل المتزوجات بعقد فاسد اذا فرقن عن أزواجهن أو ماتوا عنهن).

تحول العدة:

قد تجب العدة على المرأة بنوع معين من أنواعها حسب ما يتفق وحال المرأة ثم يطرأ أن تتغير هذه الحالة فيتغير نوع العدة وذلك في الصور التالية:

أولاً: تحويل العدة من الأشهر الى الأقراء:

عرفنا أن العدة تجب على الصغيرة التي لم تبلغ الحيض بالأشهر، فاذا بلغت سن الحيض ورأت دم الحيض انقطعت العدة بالأشهر وتحولت للاعتداد بالأقراء لأن الأشهر بدل عن الأقراء فإذا وجد الأصل فلا يعتد بالبدل.

وكذلك الأمر بالنسبة للايسة، فإذا اعتدت بالأشهر لبلوغها سن اليأس، ثم رأت الدم، فإننا نعلم بذلك أنها لم تبلغ سن اليأس بعد ووجب الاعتداد بالأقراء لأنها الأصل وإذا لم تر الدم إلا بعد انتهاء العدة بالأشهر فإن عدتها قد انقضت ولا يجب عليها أن تستأنف عدة جديدة كمن صلى بالتيمم ثم وجد الماء بعد انتهاء الصلاة، فلا يجب عليه إعادتها[3] وإذا كانت تعتد بالأشهر من عدة وفاة فإنها لا تنتقل الى العدة بالأقراء إذا رأت الدم في الحالتين السابقتين.

ثانياً: تحول العدة من الأقراء الى الأشهر:

إذا وجبت العدة على المرأة ذات الأقراء بالقروء فاعتدت بحيضة أو حيضتين ثم بلغت سن اليأس فإن عدتها تنتقل من الحيض الى الأشهر. وقد سبق أن ذكرنا الحكم في هذه المسألة واراء الفقهاء فيها.

وإذا كانت المرأة من ذوات الأقراء وطلقها زوجها ثم توفي عنها فان كان الطلاق رجعياً وجب عليها أن تنتقل الى الأشهر فتعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً تبدأ من وقت الوفاة سواء في ذلك كان الطلاق

---

(١) روضة الطالبين ٨/ ٤٦٨، المغني ٧/ ٤٦٨، كشاف القناع ٥/ ٤١٤، زاد المعاد ٤/ ١٨٣.

(٢) روضة الطالبين ٨/ ٣٧٣.

(٣) بدائع الصنائع ٣/ ٢٠٠، الفقه الإسلامي وادلته ٧/ ٦٤٥، مغني المحتاج ٣/ ٣٩٦، وابن عابدين: الحاشية ٣/ ٥١٣.

في الصحة أو مرض الموت، لأن الرجعية زوجة[1] وإذا كان الطلاق بائناً ومات الزوج في عدتها فإن كان الطلاق لا يعتبر فراراً من الميراث فإنها لا تستأنف عدة جديدة، وتكتمل عدتها السابقة بالأشهر أو الأقراء لأن المطلقة طلاقاً بائناً ليست زوجة اذ الطلاق البائن يزيل الملك فلا تعود العلاقة الزوجية قائمة، ولذلك فإنها لا ترثه.

وأما إذا كان الطلاق بائناً وقصد به المطلق الفرار من الميراث بأن طلقها طلقة بائنة في مرض موته ثم مات وهي في العدة فإنها تعتد بأبعد الأجلين من عدة الوفاة أو الأقراء وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وقال أبو يوسف: تعتد عدة الطلاق ولا تتحول الى عدة الوفاة ولا تعتد بأبعد الأجلين، لأن الزوجة قد انتهت ولا يدل ثبوت الميراث على بقاء الزوجية، لأنه ثبت ليرد عليه قصده بحرمانها من الميراث[2]. وقد نصت المادة (١٤٣) من القانون على أن المعتدة من طلاق رجعي إن توفي زوجها زمن العدة انهدمت عدة الطلاق واعتدت عدة الوفاة، وأما المطلقة طلاقاً بائناً فإنه لا يلزمها عدة الوفاة وإنما تكمل عدة الطلاق البائن لا فرق في ذلك بين الفار من الميراث وغير الفار من الميراث. ونص المادة (إذا توفي زوج المعتدة في طلاق رجعي تنهدم عدة الطلاق وتلزمها عدة الوفاة، أما إذا كانت مطلقة طلاقاً بائناً فلا تلزمها عدة الوفاة، بل تكمل عدة الطلاق).

عدة المرتابة والمستحاضة:

اذا رأت المعتدة من ذوات الأقراء الحيض مرة أو مرتين ثم انقطع عنها ولم تبلغ سن اليأس فقد اختلف العلماء في حكمها:

فذهب الحنفية والشافعية الى أنها تبقى في العدة حتى تحيض فتكمل ثلاثة قروء أو تبلغ سن اليأس فتعتد بثلاثة أشهر[3].

وذهب المالكية والحنابلة الى أنها تمكث تسعة أشهر وهي مدة الحمل غالباً ثم تعتد بثلاثة أشهر[4]، وذلك إذا كان انقطاع الحيض بسبب غير الرضاعة عند المالكية.

وأما المستحاضة: فإن كانت تعلم أيام حيضها فعدتها بالأقراء، وإن كانت لا تعلم أيام عادتها أو لها عادة غير منتظمة فقد ذهب الحنابلة والشافعية وبعض الحنفية الى أن عدتها ثلاثة أشهر، لأن النبي (ﷺ) أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة تترك فيها الصلاة، ولأن الثلاثة قروء يكن في ثلاثة أشهر غالباً[5].

وذهب المالكية الى أن المستحاضة التي لا تميز بين الحيض والاستحاضة كالمرتابة تمكث سنة

(١) المطيعي: تكملة المجموع ١٦/ ٤٥٣، مغني المحتاج ٣/ ٣٩٦، الإنصاف ٩/ ٢٧٥، والسرخسي: المبسوط ٦/ ٣٩.
(٢) المبسوط ٦/ ٣٩، شرح فتح القدير ٣/ ٣١٤.
(٣) الحاشية ٣/ ٥١٣، روضة الطالبين ٨/ ٣٧١.
(٤) مواهب الجليل ٤/ ١٤٣، كشاف القناع ٥/ ٤١٩.
(٥) المغني ٧/ ٤٦٧، مغني المحتاج ٣/ ٣٨٥، الحاشية ٣/ ٥٠٩.

كاملة تتربص فيها تسعة أشهر استبراء للرحم لأنها مدة الحمل غالباً ثم تعتد بثلاثة أشهر. أما المميزة فتعتد بالأقراء[١].

وذهب الحنفية في الأرجح عندهم الى أنها تعتد بسبعة أشهر ووجه ذلك: أن يحسب أكثر مدة الحيض وهي عشرة أيام في ثلاث حيضات فهذه ثلاثون يوماً، ويقدر الطهر الواحد بين الحيضتين بشهرين فتكون في ثلاثة أطهار ستة أشهر فتكون العدة سبعة أشهر[٢].

تداخل العدة:

قد تجب على المرأة أكثر من عدة لأسباب مختلفة فهل يدخل ما بقي من العدة الأولى في العدة الثانية ؟

وصورة المسألة أنه قد يجب على المرأة عدة من طلاق بائن فاذا وطئها زوجها أو غيره في أثناء عدتها وطء شبهة فقد وجب عليها عدة لوطء الشبهة.

ويلاحظ أن العدتان قد تكونان لرجل واحد أو لرجلين وقد تكونان من جنس واحد هو الأقراء أو من جنسين كالأقراء والأشهر.

وقد ذهب الحنفية الى القول بتداخل العدتين سواء كانتا لرجل واحد أو لرجلين وسواء كانتا من جنس واحد أم من جنسين مختلفين، لأن المقصود من العدة براءة الرحم وقد حصلت[٣].

وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة الى القول بتداخل العدتين إن كانتا من شخص واحد ومن جنس واحد، فمن طلق زوجته بائناً ثم وطئها في العدة جاهلاً كون الطلاق بائناً فإن العدتين بالأقراء أو بالأشهر تتداخلان فتدخل العدة الأولى في الثانية بمعنى أنها تبتدىء عدة جديدة للوطء في العدة ويدخل فيها ما بقي من عدة الطلاق.

وإن كانت العدتان لرجل واحد ومن جنسين بأن طلقها وهي غير حامل فبدأت العدة بالأقراء ثم وطئها في أثناء العدة فحملت منه من الوطء الثاني فقد وجبت عليها عدة بوضع الحمل فإن العدتين تنقضيان بوضع الحمل.

وإن كانت العدتان لرجلين بأن طلقها زوجها ثم وطئها اخر في العدة وطء شبهة أو بنكاح فاسد فلا تداخل بين العدتين، وإنما تعتد لكل منها وتقدم عدة الطلاق فاذا انتهت اعتدت لوطء الشبهة[٤].

معرفة انقضاء العدة:

إن كانت المعتدة حاملاً فعدتها تنتهي بوضع الحمل، فإن ادعت أنها أسقطت جنينها مستبين الخلقة

---

(١) مواهب الجليل ٤/ ١٤٣.

(٢) ابن عابدين: الحاشية ٣/ ٥٠٩.

(٣) شرح فتح القدير ٣/ ٣٢٦.

(٤) المغني ٧/ ٤٨٠، مغنى المحتاج ٣/ ٣٩١، القوانين الفقهية ص٢٣٧.

أو بعضاً منه في مدة يحتمل كونه كذلك صدقت في ادعائها لأن الله سبحانه وتعالى استئمنها على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[1]. وإن كانت عدتها من وفاة فتنتهي بانتهاء أربعة أشهر وعشرة أيام.

وإن كانت عدتها بالأشهر من طلاق أو تفريق لكونها صغيرة أو يئست من المحيض فتنتهي عدتها بانتهاء ثلاثة أشهر.

وإن كانت تعتد بالأقراء فيعرف انتهاء العدة بإخبارها بانتهائها في مدة محتملة، وأقل مدة يحتمل أن تنتهي فيها العدة عند أبي حنيفة هي ستون يوماً[2] وذلك على احتمال أنه طلقها أول الطهر فتمر عليها في عدتها ثلاثة أطهار وأقل الطهر خمسة عشر يوماً فيكون مجموع الأطهار في العدة خمسة وأربعون يوماً ويضاف إليها ثلاث حيضات كل حيضة خمسة أيام وهي غالب الحيض فيكون مجموع الحيضات خمسة عشر يوماً، ومجموع الأطهار والحيضات ستون يوماً وقال الصاحبان: أقل مدة العدة تسعة وثلاثون يوماً، وذلك على احتمال أنه طلقها في آخر الطهر فيمر عليها في عدتها طهران ومجموعها ثلاثون يوماً، ويضاف إليها ثلاث حيضات كل حيضة ثلاثة أيام لأنه أقل مدة الحيض فيكون مجموعها تسعة أيام تضاف الى أيام الأطهار فتكون تسعة وثلاثون يوماً[3].

وقد نص القانون في المادة (١٣٥) على أنه لا يقبل قول الزوجة إذا ادعت انتهاء العدة قبل مرور مدة ثلاثة أشهر حيث جاء فيها (وإذا ادعت قبل مرور ثلاثة أشهر انقضاء عدتها فلا يقبل منها ذلك).

الأحكام المتعلقة بالعدة:

تتعلق بالعدة عدة أحكام هي:

١- ثبوت النسب: فإذا أتت بولد في أثناء العدة ثبت نسبه.

٢- الميراث: إذا طلقت طلاقاً رجعياً ثم توفي الزوج وهي في العدة ورثت منه، واذا توفيت في أثناء العدة من طلاق رجعي ورثها الزوج كذلك، وإذا كان الطلاق بائناً فلا ميراث بينهما إن توفي أحدهما في العدة، ما لم يكن الزوج قد طلقها بائناً وهو في مرض موته فإنها ترث منه إن كان قد دخل بها معاملة له بنقيض مقصودة وهو ما يسمى بطلاق الفار من الميراث.

٣- حرمتها على الغير: فالمعتدة لا يحل لها أن تتزوج ما دامت في العدة، ولا تجوز خطبتها تصريحاً ولا تعريضاً ما دامت في العدة، والمعتدة من وفاة تجوز خطبتها تعريضاً لا تصريحاً. وأما الزوج: فيجوز له أن يراجع زوجته في العدة إن كان الطلاق رجعياً، وإن كان الطلاق بائناً بينونة صغرى فله أن يعقد عليها عقداً جديداً في أثناء عدتها، وإن كان الطلاق بائناً بينونة كبرى فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره بالشروط المعروفة.

---

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) ابن عابدين: الحاشية ٣/ ٥٢٣، بدائع الصنائع ٣/ ١٩٨-١٩٩.

(٣) أبو زهرة: الاحوال الشخصية ص٤٤٧، الفقه الإسلامي وأدلته ٧/ ٦٥١.

٤- حرمة الزوج على الغير: إذا كانت مطلقته الرجعية في العدة وفي عصمته ثلاث نساء غيرها فلا يحل له أن يتزوج من أخرى حتى تنتهي من عدتها، واذا كانت مطلقته في العدة فلا يحل له أن يتزوج وهي في العدة من امرأة تعتبر محرماً لها كأختها أو عمتها أو خالتها أو ابنة أخيها أو ابنة أختها.

٥- النفقة: تجب النفقة للمعتدة في أثناء عدتها من زواج صحيح اذا كان سبب العدة طلاقاً أو فسخاً من الزوج أو الزوجة، فإن كان سببه الزوجة فيشترط أن لا يكون بسبب معصية كفعلها الزنا مع أحد أصول الزوج أو فروعه فإنه لا نفقة لها زمن العدة ولا تجب النفقة زمن العدة للمتوفي عنها زوجها ولا تجب لمن كانت معتدة من نكاح فاسد أو وطء شبهة. وقد سبق بيان ذلك بالتفصيل في نفقة الزوجة والمعتدة في القسم الأول.

٦- السكنى: يجب على المتوفى عنها زوجها أن تعتد في بيت الزوجية، وكذلك الرجعية وفي المعتدة من طلاق بائن خلاف وقد سبق بيانه في القسم الأول.

٧- الحداد: ومعناه ترك الزينة[١] ويجب على المرأة التي توفي عنها زوجها سواء في ذلك المدخول بها وغير المدخول بها، ولا حداد على الصغيرة[٢].

ولا يجب الحداد على المعتدة الرجعية، بل يستحب لها أن تتزين ليراجعها الزوج[٣]واختلفوا في الحداد على المعتدة من طلاق بائن فذهب الحنفية والشافعي في القديم وأحمد في رواية الى أنه يجب عليها[٤]. وذلك لأن النبي (ﷺ) (نهى المعتدة أن تختضب بالحناء) فشمل كل معتدة إلا أنه لم يجب على الرجعية لأنها زوجة حكماً ويستحب له أن يراجعها.

وذهب الشافعي في الجديد والمالكية وأحمد في رواية الى أنه لا يجب عليها الحداد[٥] وذلك لقوله (ﷺ) (لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً)[٦].

---

(١) الصباح المنير ١/ ١٣٥.
(٢) زاد المعاد ٤/ ٤٢٥، تبين الحقائق ٤/ ٣٤.
(٣) مغني المحتاج ٣/ ٣٦٨.
(٤) النسائي: السنن ٦/ ٢٠٤.
(٥) كفاية الاخبار ٢/ ٢٥١، الكافي ١/ ٥١٩، بداية المجتهد ٢/ ١٢٣.
(٦) الترمذي: السنن ٥/ ١٧٢.

الفصل الثاني

في ثبوت النسب

تمهيد:

من القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية حفظ الأنساب إذ به تقوى الأواصر الاجتماعية وتدوم المودة والألفة، وتُبْنى العلاقات الإنسانية على الطهر والفضيلة، وهو من أهم أسباب بقاء المجتمعات الإنسانية، وعليه تترتب الكثير من الحقوق كالتربية والحضانة والنفقة، ورعاية الأموال وصيانتها، وهو يغذي حاجة فطرية عند الإنسان، فإن كل امريء يحب أن يبقى اسمه ولا ينمحي رسمه ولا يتحقق ذلك إلا بثبوت نسب الولد إليه. لكل هذا حرصت الشريعة على إثبات النسب ولم تتركه للمزاج الشخصي نفياً وإثباتاً وإنما وضعت له القواعد والأحكام التي يتم بها.

أسباب ثبوت النسب:

يثبت النسب للأم بالولادة، سواء كان من زواج صحيح أو فاسد أو باطل وأما النسب للأب فيثبت بأحد الأسباب التالية:

أولاً: الفراش:

الأصل في هذا حديث الرسول (ﷺ) (الولد للفراش وللعاهر الحجر)[1] فلا يُثبت الزنا نسباً، لأن النسب نعمة، والزنا جريمة يستحق فاعله النقمة وما عهدت الجرائم مقررة للنعم في عرف العقلاء، فضلاً عن الشرع الحكيم. والزنا الذي لا يثبت به النسب هو الخالي من أية شبهة مسقطة للحد، فإن وجدت شبهة لا يكون الفعل معها جريمة ثبت النسب إتفاقاً، وإن وجدت شبهة لا تنفي كون الفعل جريمة ولكنها تسقط الحد فإن النسب يثبت معها على الأرجح. فالفراش الذي يثبت به النسب هو الفراش الثابت بعقد الزواج الصحيح أو عقد الزواج الباطل بشبهة (الفاسد) وسأذكر ثبوت النسب بعقد الزواج الصحيح ثم بعقد الزواج الباطل بشبهة.

فراش الزوجية الثابت بعقد الزواج الصحيح:

لا خلاف بين الفقهاء في أن النسب يثبت بعقد الزواج الصحيح ولكنهم اختلفوا في الشروط الواجب توافرها بثبوت النسب به.

١- الدخول الحقيقي أو إمكانيته:

ذهب أبو حنيفة الى أن النسب يثبت بعقد الزواج الصحيح ولو لم يلتق الرجل بالمرأة، فلو تزوج

---

(١) الجامع الصغير ١٩٨/٢، والبخاري: صحيح البخاري بشرح فتح الباري ٢٩٢/٤ ومسلم: صحيح مسلم حديث رقم ١٤٥٧.

رجل مشرقي بامرأة في أقصى المغرب ثم أتت بولد فإنه ينسب إليه ولو لم يتم اللقاء بينهما بعد العقد. وافترضوا المسألة في زمانهم حيث لا توجد المواصلات ويتعذر التقاء المشرقي بالمغربية(١).

وذهب الشافعي ومالك وأحمد في قول الى أن النسب يثبت بالعقد الصحيح مع إمكانية الدخول والتلاقي(٢)، فلو تزوج رجل من عمان بامرأة منها ثم أتت بولد نسب الولد إليه لأن التلاقي بينهما ممكن ولو لم يتم الزفاف والدخول.

وذهب أحمد في قول اخر الى أن النسب يثبت بالعقد الصحيح مع شرط الدخول الحقيقي(٣) ورجح ابن تيمية وابن القيم هذا الرأي(٤)

وقد أخذ القانون برأي الجمهور في حالة إنكار النسب حيث نصت المادة (١٤٧) على أنه: (لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد) أما عند عدم الإنكار فيثبت نسب الولد مع عدم امكانية التلاقي بينهما بعد العقد كما هو مذهب الحنفية(٥).

٢- حصول الولادة في فترة زمنية محددة.

ولا بد لثبوت النسب بسبب الفراش من أن تأتي الزوجة به لمدة لا تقل عن ستة أشهر من وقت الزواج بحيث يمكن أن يعيش الولد استقلالاً لقوله تعالى: وحمله وفصاله ثلاثون شهراً وقوله تعالى: وفصاله في عامين فدل ذلك على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وقد فهم ابن عباس رضي الله عنهما هذا من الايتين الكريمتين فقد روى أنه رفع الى عثمان ان امرأة ولدت لستة أشهر من وقت زواجها فهم برجمها فقال له ابن عباس: إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم وذكر الآيتين فلم يرجمها(٦).

كما لا بد لثبوت النسب بسبب الفراش من أن تأتي الزوجة بالولد لمدة لا تزيد عن سنة من تاريخ الوفاة أو الطلاق أو انتهاء الحياة الزوجية لسبب اخر، ذلك أن أقصى مدة للحمل في القانون هو سنة شمسية. والأصل في تحديد أقصى مدة الحمل بسنة هو الأخذ بقول الأطباء من أهل الاختصاص، ذلك أنه لم يثبت في أكثر مدة الحمل دليل صحيح، وقد رجع الفقهاء في تحديده الى العرف والعادة في زمانهم فاضطربت بذلك الأقوال لعدم ضبط العرف والعادة في ذلك الزمان. فقد قال الشافعي ومالك وأحمد أن أكثر مدة الحمل أربع سنين وروى عن مالك أن أكثر مدة الحمل خمس سنين وعن أحمد أن أكثر مدة الحمل ستتان، وعن أبي حنيفة أن أكثر مدة الحمل ستتان كذلك وعن أهل الظاهر أن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر وعن محمد بن الحكم أن أكثر مدة الحمل سنة قمرية(٧).

---

(١) المبسوط ١٧/١٥٦، البدائع ٣/ ٢١٢، وابن عابدين: الحاشية ٣/ ٥٤٧.

(٢) التنبيه ص١٩٠، المهذب ٢/ ١٢٠، كشاف القناع ٥/٤٠٦، شرح صحيح مسلم ٣/ ٦٣٩ بداية المجتهد ٢/ ٨٨، بلغة المسالك ١/ ٤٩٣.

(٣) الانصاف ٩/ ٢٥٨.

(٤) زاد المعاد ٥/ ٤١٥، شرح المبدع ٨/ ١٠٠، الأنصاف ٩/ ٢٥٨.

(٥) بدائع الصنائع ٣/ ٢١٢: شرح فتح القدير ٤/ ١٧٠.

(٦) المحلى ١٠/ ٣١٦، المبسوط٦/ ٤٤، البدائع ٣/ ٢١١، شرح فتح القدير ٤/ ١٨١

(٧) مواهب الجليل ٤/ ١٤٩، حاشية مع الشرح الكبير ٢/ ٤٢١، المحلى ١٠/ ٣١٧، التنبيه ص١٩٠: المبدع ٨/ ٩٨، =

الفراش بعقد الزواج الباطل بشبهة (الفاسد):

يثبت النسب بسبب الفراش من عقد الزواج الباطل بشبهة (الفاسد) إذا حصل دخول حقيقي أو حكمي بين الرجل والمرأة وأتت بالولد لمدة لا تقل عن ستة أشهر من حين الدخول الحقيقي أو الحكمي بينهما، وكذلك يثبت نسبه إذا أتت به لمدة لا تزيد عن سنة شمسية من حين التفريق بينهما بعد حصول الدخول الحقيقي أو الحكمي بينهما[1].

ويثبت النسب بالوطء بشبهة بالشروط السابقة.

ولا يقبل نفي الولد بالملاعنة في حالة الزواج الباطل بشبهة (الفاسد) ووطء الشبهة حيث توافرت الشروط السابقة عند الحنفية، لأن الملاعنة إنما تكون بين الزوجين بعقد زواج صحيح[2].

وقال الشافعية والحنابلة والمالكية في قول إن الولد ينتفي بالملاعنة في حالة الزواج الباطل بشبهة[3].

وخلاصة القول في ثبوت النسب بالفراش أن النسب يثبت بالفراش إن توافرت الشروط التالية:

١- أن يكون الزوج ممن يتصور منه الانجاب، فإن كان الزوج صغيراً لا يتصور منه الحمل فإن النسب لا يثبت بالفراش.

٢- أن يثبت التقاء الزوجين بعد العقد في حالة الإنكار، ولا يشترط أن يثبت الالتقاء بين الزرجين في حالة عدم الإنكار حيث نصت المادة (١٤٧) على أنه (لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد).

٣- أن يأتي الولد لمدة لا تقل عن مدة ستة أشهر من حين عقد الزواج الصحيح ولا تزيد عن سنة شمسية من حين انتهاء عقد الزواج الصحيح. وفي الزواج الباطل بشبهة (الفاسد) والوطء بشبهة تعتبر هذه المدة من حين الدخول الحقيقي أو الخلوة الصحيحة.

٤- أن لا ينفي الولد عنه، فإن لا عن زوجته ثم نفى نسب الولد فإن النسب لا يثبت، ويشترط لصحة النفي أن لا يسبق باعتراف صريح أو ضمني منه، فإن اعترف به ثم نفاه فلا يصح النفي ويثبت النسب، ومن الاعتراف الضمني قبول التهنئة به، وتوزيع الحلوى بعد الولادة. وقد سبق أن ذكرنا أن من دخل بامرأة بعقد زواج باطل بشبهة (فاسد) لا يقبل منه نفي النسب لأن النفي لا يصح إلا بعد الملاعنة، والملاعنة لا تكون إلا بين الزوجين بعقد زواج صحيح.

وقد جاء في القانون نص المادة (١٤٧) و(١٤٨) لتقرير ثبوت النسب بالفراش في حالة الزواج الصحيح والزواج الباطل بشبهة (الفاسد).

الانصاف ٩/ ٢٥٩، بلغة المسالك ١/ ٥٠٠.

(١) الحاشية ٣/ ١٣١: المبسوط ١٧/ ٩٩،١٥٥، منح الجليل ٢/ ٣٣، الروضة ٧/ ٤٢، المبدع٨/ ٩٩ كشاف القناع ٥/ ٤١٠.

(٢) المبسوط ١٧/ ٩٩.

(٣) روضة الطالبين ٨/ ٣٣٥، بلغة المسالك ١/ ٤٩٢، المغني ٧/ ٣٤٥.

المادة (١٤٧) لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها، اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة   وجاءت المادة (١٤٨) تقرر أحكام ثبوت النسب في الزواج الباطل بشبهة (الفاسد) وهذا نصها:

ولد الزوجة من زواج صحيح أو فاسد بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة يثبت نسبه للزوج، وإذا ولد بعد فراق لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق.

ويؤخذ على هذه المادة التي جاءت تحت عنوان نسب المولود من نكاح فاسد أنها تضمنت بعض أحكام ثبوت النسب بعقد الزواج الصحيح وهذا لا يتفق مع العنوان الذي وردت تحته، كما يؤخذ عليها أنها توهم بأن النسب في عقد الزواج الصحيح لا يثبت إلا إذا أتت به لمدة لا تقل عن ستة أشهر من الدخول أو الخلوة الصحيحة، وهذاغير مراد، لأن النسب يثبت في عقد الزواج الصحيح إذا أتت به لمدة لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج وليس من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة وتقييد المدة من الدخول أو الخلوة الصحيحة خاص بالزواج الباطل بشبهة (الفاسد) فقط.

ثانياً: الإقرار:

يثبت النسب بالإقرار وهو نوعان:

الأول : الإقرار على النفس ويسمى الإقرار المباشر بأن يقر الأب بأن فلاناً ابنه، أو أن يقر بابن بقوله إن فلانة أمه أو أن فلاناً أبوه، وهذا الإقرار ليس فيه تحميل النسب على الغير. ويثبت للمقر له كافة الحقوق الشرعية من حرمة مصاهرة ونفقة وميراث وغيرها.

وليس لأحد من الورثة حق الإعتراض على هذا الإقرار لأنه ينقص حقوقهم الإرثية، وقد يحجبها أحياناً ذلك لأنه اعترف بأمر لا يعرف إلا من جهة المقر، فكان من أحق الناس بالتصديق فيه، ولا يشترط للأخذ بهذا الإقرار أن تصدقه القرائن وظواهر الحال عند الحنفية، واشترط المالكية للأخذ بهذا الإقرار أن لا تكذبه ظواهر الحال[1].

ويشترط للأخذ بهذا الاقرار أن تتوافر فيه الشروط التالية:

١- أن يكون المقر وقت إقراره في الحالة المعتبرة شرعاً فلا يصح الإقرار من المكره مثلاً.

٢- أن تتصور الولادة من المقر لمثل المقر له بالنبوة أو الأبوة فلا يقبل إقرار من عمره عشرون سنة بالنبوة لمن عمره خمس عشرة سنة.

٣- أن يكون المقر له مجهول النسب، لأنه لا يمكن ثبوت نسب من رجلين.

---

(١) بدائع الصنائع ٧/٢٢٨، جواهر الاكليل ٢/١٣٨، وقليوبي وعميرة: حاشيتان على المنهاج ٣/١٤، وابو زهرة: الاحوال الشخصية ص٤٤٦، مغني المحتاج ٢/٢٥٩. =

٤- أن يصدق المقر له إن كان مميزاً، واشترط القانون في مصادقة المقر له على الإقرار أن يكون بالغاً (المادة ١٤٩).

٥- أن يكون المقر له حياً، لأن الإقرار بالنسب للميت يستهدف المال، وهو لا يثبت بمجرد الإدعاء.

٦- أن لا يذكر المقر في إقراره أنه ابنه من الزنا، لأن الزنا لا يثبت به النسب.

الثاني : الإقرار بالنسب على الغير وذلك بأن يقر لشخص بأنه أخوه أو عمه أو ابن ابنه، فإن الأخوة والعمومة والبنوة لابن الابن لا تثبت إلا إذا ثبتت بنوة المقر له لأبي المقر أو لجده أو للابن المباشر. ففي مثل هذه الحالات يثبت نسب المقر له ولا يثبت نسبه لأبي المقر ولا للجد ولا للابن المباشر إلا أن يصدقوا الإقرار[1]. ويترتب على هذا الإقرار:

١- تجب على المقر نفقة المقر له إن كان فقيراً.

٢- يرث المقر له إذا مات ولا وراث له سواه.

٣- يشارك المقر له المقر في نصيبه من التركة، فإذا أقر بالأخوة لشخص ولم يصدقه أبوه ولا سائر إخوته، فإنه يشارك المقر في نصيبه من الميراث بعد موت أبيه، فيقسم نصيب المقر بينه وبين المقر له.

وقد تضمنت المادة (١٤٩) شروط الإقرار بالنسب في الحالة الأولى الإقرار على النفس حيث جاء فيها (الإقرار بالنبوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به النسب من المقر اذا كان فرق السن بينهما يحتمل هذه البنوة مع تصديق المقر له إن كان بالغاً، وإقرار مجهول النسب بالأبوة أو الأمومة يثبت به النسب اذا صادقه المقر له وكان فرق السن بينهما يحتمل ذلك).

ثالثاً: البنية:

يثبت النسب بالبنية فإذا أقر شخص ببنوة اخر وأنكر المقر له البنوة اتبعت طرائق الاثبات فلا بد من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين. ولا بد من التحقق من صحة البينة فاذا عارضها ما يتبين به كذبها فإنها لا تقبل كما لو كان المقر له لا يولد لمثل المقر.

---

(١) المراجع السابقة.

الفصل الثالث

في الرضاعة

تمهيد

الكلام في الرضاعة من ناحيتين:

الأولى: باعتباره سبباً من أسباب التحريم وقد تقدم الحديث عنه في القسم الأول عند الحديث على المحرمات من النساء.

الثانية: من حيث أهميته للطفل واستحقاق المرضعة أجرة الرضاعة.

أهمية الرضاع للطفل:

لقد أثبتت الدراسات العلمية أهمية الرضاع للطفل في المرحلة الأولى من عمره، وقد جاءت الاراء الفقهية متسقة مع ما توصل إليه العلم حيث قرروا وجوب إرضاع الطفل على التفصيل الاتي بيانه، وذلك لأنهم ينهلون من الدستور الإلهي الذي رسم السعادة لبني البشر، قال تعالى: ﴿ ۞وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ونظراً لأهمية لبن الأمهات للأطفال فقد تنادى الكثير من العلماء في الدول الغربية لإيجاد بنوك لبن أمهات يعوض الأطفال عما فقدوه من منحة إلهية في أمهاتهم، وأريد أن أبين الأسباب التي دعت لهذه الدعوة والاثار الناجمة عنها وموقف الإسلام منها.

١- أسباب الدعوة لبنوك اللبن تكمن في أمرين رئيسين هما:

الأول: كثرة الأبناء اللقطاء في الدول الغربية، لضعف الوازع الديني، وتفكك الأسرة، وشيوع الاختلاط في الحفلات والعمل ومدارس التعليم والجامعات.

الثاني: لقد دخلت المرأة العمل في كل الميادين تقريباً الصناعية والتجارية، الأمر الذي أدى الى إرهاق المرأة عن طريق القيام بالأعمال الوظيفية والأعمال البيتية، والحمل. وقد أثر هذا على الغدد الخاصة بإفراز اللبن فقل اللبن ولم يعد كافياً لإرضاع الطفل إن لم يكن قد جف، وحرم الطفل مما وهبه الله تعالى، بعدم حسن تصرف البشر، لذا قامت الدعوة لوجود بنوك لبن الأمهات لتعويض هؤلاء الأطفال عما حرموه.

٢- أما الاثار الناجمة عن هذه الدعوة: فيمكن أن نتوقع انتشار الدعوة في الدول النامية الاسيوية والإفريقية، لأن المرأة في هذه البلدان رغم الفقر لا زالت تتمتع بشيء من الاستقرار النفسي والأسري، كما أنها لم تدخل مجال العمل كغيرها، ولذا فإنها لا زالت ترضع أبناءها، ونخشى أن يكون للفقر تأثيره فتستجيب لبيع ما في ثديها مقابل مبالغ مالية لا بأس بها وتحرم طفلها مما وهبه الله واختصه به.

٣- أما موقف الإسلام من هذه الدعوة: فيتلخص في أن الإسلام قد نبه الى أهمية رضاع الطفل اللبن، وأنه لا يغني عنه أي طعام اخر، بل إن له تأثيراً في بنيته الجسمية والانفعالية والسلوكية الاجتماعية، ولذا قرر الإسلام الرضاع من الأم وأوجبه وندب المجتمع الى رعاية الطفل وإرضاعه عند فقد أمه وجعل لهم حوافز متعددة إن هم استجابوا لدعوته وهي:

أ- الأجر والثواب العظيم عند الله تعالى.

ب- توسيع الدائرة الأسرية فالرضيع يعتبر ابناً للمرضعة، وأبو اللبن زوج المرضعة الذي كان سبباً في وجود اللبن يعتبر أباً له وكل فرد في تلك الأسرة يعتبر أخاً أو أختاً أو جداً أو جدة أو خالاً أو خالة أو عماً أو عمة له، وقد يسأل السائل لم وسع الإسلام هذه الدائرة ولم يجعلها قصراً على الأم المرضعة وأبنائها الذين قاسمهم اللبن؟.

ويمكن أن تكون الإجابة هي: حتى يكون كل فرد في تلك الأسرة عوناً لتلك المرأة المرضعة ومشجعاً لها على فعلها، فلا يكون الزوج مثلاً سبباً في منع زوجته من إرضاع الطفل بحجة أنه يقاسم ابنه في هذه المنحة الإلهية.

جـ- الأجر المادي: إذا لا مانع من أن تأخذ المرأة مبلغاً مالياً على عملها، ونلحظ في هذا المجال أن الفقهاء قد سموها أجرة، وما تأخذه المرضعة في الحقيقة لا تنطبق عليه قواعد الإجارة لأنه يستهلك مادة اللبن، والإجارة انتفاع بالمنفعة، ولا تنطبق عليه قواعد البيع لأن المبيع ليس معلوماً، ومع ذلك كان جائزاً من الناحية الشرعية لأنه يتحقق به مقصود أعظم هدف الشارع إليه وهو الإبقاء على حياة الطفل، وحسن تربيته وتنشئته واذا كان الالتزام بالقواعد القياسية لا يحقق مقاصد الشارع الكبرى، فلا يجوز التقيد بها، ولهذا أمثلة كثيرة في الشريعة الإسلامية.

والإسلام يطلب من الفقيه وهو يقرر الأحكام أن ينظر الى مالات الأفعال، واذا كان الأمر في موضوعنا وهو بنوك اللبن سيؤول الى حرمان أبناء المسلمين من منحة الله لهم ليصَدر الى أبناء الدول الغربية تحت وطأة الفقر والعوز والحاجة، ومما لا شك فيه أن أبناء تلك الدول هم القادرون على شراء اللبن من البنوك بأثمان باهظة إذا كان الأمر كذلك فإننا نقول ونحن مطمئنون، إن بنوك اللبن غير جائزة.

هذا فضلاً عما يؤدي إليه مزج اللبن من نساء غير معروفات الى انتشار التحريم عند جمهور الفقهاء مما يجعله غير جائز شرعاً، ولو قلنا بعدم التحريم عملاً ببعض الروايات عند الإمام أحمد والتي تشترط للتحريم أن يرضع الطفل من الثدي إلا أن الشبهة تبقى قائمة وموجودة. ولم نذهب الى حل المشكلة بطريق بنوك اللبن التي ستؤدي الى إهدار الكثير من اللبن لعدم حفظه جيداً وصعوبة أخذه وتصنيعه وترك الهدي الإلهي الذي ينسجم مع الفطرة ويحقق المعاني الإنسانية التي نرجوها للطفل.

حكم الرضاع:

يجب على الأم أن ترضع ولدها اللبأ، لأن الولد يتضرر بدونه.

أما اللبن فيجب على الأم أن ترضعه لطفلها في الحالات التالية صيانة للصبي عن الضياع وهي:

أ- أن لا توجد مرضعة أخرى غيرها، فإن وجدت مرضعة أخرى وكانت الأم مفارقة للزوج فلا تجبر على إرضاعه، وإن كانت في عصمة الزوج فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة الى أنها لا تجبر أيضاً لقوله تعالى: وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ولقوله تعالى لا تضار والدة بولدها وقال أبو ثور ومالك في رواية تجبر لقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن[1].

وذهب الإمام مالك في المشهور من مذهبه الى أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه، وإن كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه[2].

ب- أن لا يقبل الطفل غير ثدي أمه.

جـ- أن يكون الأب والطفل فقيرين لا يستطيعان دفع أجرة للمرضعة المستأجرة. وقد نص القانون على أنه يجب على الأم إرضاع طفلها في حالة إعسار الأب وعدم قدرته على دفع أجرة مرضعة وعدم وجود مال للصغير أو حالة عدم وجود مرضعة أخرى أو عدم قبوله لثدي امرأة أخرى جاء في المادة (١٥٠) (تتعين الأم لإرضاع ولدها وتجبر على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة، ولم توجد متبرعة، أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غير أمه أو إذا كان لا يقبل ثدي غيرها).

إستئجار مرضعة:

يجب على الأب أن يستأجر مرضعة في الحالات التي لا يتعين على الأم أن ترضع الطفل منها. كما جاء في المادة (١٥١) (إذا أبت الأم إرضاع ابنها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه فعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها).

إستحقاق أجرة الرضاع:

الأم المرضعة إما أن تكون في عصمة الزوج أو في العدة من طلاق رجعي أو بائن أو تكون عدتها قد انتهت فهل تستحق الأجرة في الأحوال السابقة؟ هذا ما سنبينه في المسائل التالية:

الإرضاع والزوجية قائمة:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في وجه الى أن الأم المتزوجة بأبي الرضيع والزوجية قائمة بينهما لا تستحق أجرة على الرضاع لأن الرضاع واجب عليها ديانة لقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن.. يتم الرضاعة، فالوالدات يجب عليهن إرضاع أولادهن إلا لعذر كالعجز، فاذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجباً عليها، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه.

---

(١) الهداية ٢/٤٥، المهذب ٢/١٦٧، المغني ٨/٢٢٦، تكملة المجموع ١٨/٣١٠، روضة الطالبين ٩/٨٨، بداية المجتهد ٢/٤٨، جواهر الإكليل ١/٤٠٨، الحاشية ٤/٢٠٦.

(٢) جواهر الإكليل ١/٤٠٨، الحاشية ٤/٢٠٦، بداية المجتهد ٢/٤٨.

ولأن منافع الزوجة بالاستمتاع بها حق له في أثناء قيام الزوجية فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له[1].

وذهب الحنابلة والشافعية في وجه اخر الى أن الأم المتزوجة من أبي الرضيع والزوجية قائمة بينهما لها حق أخذ أجرة على الرضاع.

وذلك لقوله تعالى: فإن أرضعن لكم فاتوهن أجورهن . ولأنه عمل لا يجوز أخذ الأجرة عليه بعد البينونة فجاز أخذ الأجرة عليه قبل البينونة[2].

الإرضاع في العدة:

ذهب الحنفية والمالكية الى أن الأم لا تستحق أجرة على الرضاع إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، لأن الرجعية زوجة.

وأما المعتدة من طلاق بائن فلها أجرة على الرضاع عند المالكية والحنفية في رواية لأن النكاح قد زال فصارت كالأجنبية[3].

وذهب أبو حنيفة في رواية ثانية الى أن المطلقة بائناً لا تستحق أجرة الرضاع، لأن نفقتها زمن العدة واجبة على الزوج فأشبهت المطلقة طلاقاً رجعياً وهي في العدة[4].

وذهب الحنابلة والشافعية الى أن المطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً تستحق أجرة على الرضاع[5].

الإرضاع بعد انتهاء العدة:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الأم المطلقة إذا انتهت عدتها فإنها تستحق أجرة على إرضاع الطفل.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه المالكية والحنفية من عدم استحقاق الأم المرضعة أجرة على الرضاع إذا كانت الزوجية قائمة أو كانت في العدة من طلاق رجعي، أما إذا كانت في العدة من طلاق بائن أو انتهت عدتها فإنها تستحق النفقة. والى هذا أشارت المادة (١٥٢) (لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجرة على إرضاع ولدها، وتستحقها في عدة الطلاق البائن وبعدها).

أحقية الأم في إرضاع الصغير بأجرة المثل:

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في وجه الى أن الأم أحق بإرضاع ولدها إن طلبت أجرة المثل ولو وجد امرأة أخرى ترضعه بأقل من أجرة المثل أو متبرعة[6].

---

(١) المغني ٨/٢٢٦، المهذب ٢/١٦٧، الروضة ٩/٨٨.
(٢) المغني ٨/٢٢٦، المقنع ٣/٢٢٨، الروضة ٩/٨٨.
(٣) الهداية ٢/٤٥، جواهر الإكليل ١/٤٠٨: الشرح الكبير الحاشية ٤/٢٠٧.
(٤) الهداية ٢/٤٥.
(٥) المهذب ٢/١٦٧، لروضة ٩/٨٨ المغني ٨/٢٢٦.
(٦) الهداية ٢/٤٥، المقنع ٣/٢٢٨، الروضة ٩/٨٨: تكلمة المجموع ١٨/٣١٠.

وذلك لقوله تعالى ﴿ لَا تُضَآرَّ وَالِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأن الأم أحن وأشفق ولبنها أمرأ من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها.

وذهب الشافعية في وجه اخر وهو ظاهر المذهب الى أنه ينتزع منها ويسلم لمن قبلت أن ترضعه متبرعة أو بأقل من أجرة المثل.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الجمهور حيث جاء في المادة (١٥٣) (الأم أحق بإرضاع ولدها، ومقدمة على غيرها بأجرة المثل المتناسبة مع حال المكلف بنفقته ما لم تطلب أجرة أكثر، ففي هذه الحالة لا يضار المكلف بالنفقة، وتفرض الأجرة من تاريخ الإرضاع الى إكمال الولد السنتين إن لم يفطم قبل ذلك).

مدة الرضاع:

تستحق الأم أجرة على إرضاع الصغير الى أن يكمل السنتين ما لم يفطم قبل ذلك وهذا ما أخذ به القانون كما جاء في المادة (١٥٣).

الفصل الرابع

في الحضانة

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الحضانة ومشروعيتها وحكمها والتكييف الفقهي لها وترتيب المستحقين لها.

المبحث الثاني: في شروط استحقاق الحضانة ومسقطاتها.

المبحث الثالث: في أجرة الحضانة.



المبحث الأول

في تعريف الحضانة ومشروعيتها

وحكمها والتكييف الفقهي لها، وترتيب المستحقين لها

تعريف الحضانة:

أولاً: الحِضانة في اللغة: بفتح الحاء وكسرها مصدر سماعي للفعل حضن، يقال حضن الطائر بيضه حضناً، أي ضمه تحت جناحه والحضانة اسم منه[1].

فالحضانة مشتقة من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح، وقيل: هو الصدر والعضدان وما بينهما، ومنه الاحتضان: وهو احتمال الشيء وجعله في الحضن كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها[2].

ثانياً: تعريف الحضانة في الاصطلاح: عرفها النووي بأنها: القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه[3].

وعرفها ابن عابدين بأنها: تربية الولد لمن له حق الحضانة[4].

وعرفها عليش بأنها: صيانة العاجز والقيام بمصالحه[5].

ومعظم تعريفات الفقهاء تبين أن المقصود من الحضانة تربية المحضون وتنشئته تنشئة سليمة على العقيدة الإسلامية والأخلاق الفاضلة وتربية جسمه وعقله ووجدانه وإصلاح سائر شؤونه مما هو في حاجة إليه من تنظيف ولباس ومأكل ومشرب وغير ذلك.

وفي الحضانة نوع من السلطنة والولاية، ذلك أن الولاية على الطفل نوعان: نوع يقدم فيه الأب على الأم كالولاية في المال والنكاح، ونوع تقدم فيه الأم على الأب كالولاية في الحضانة والتربية، وذلك مراعاة لمصلحة الولد[6].

وقدمت النساء في الحضانة على الرجال لأنها بهن أليق، ولأنهن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها[7].

وقدم الرجال في الولاية على المال والنكاح لأنهم أقوم بتحصيل مصلحة الولد، والاحتياط له[8].

---

(١) المصباح المنير (١/ ١٩٣)، ص١٩٣.

(٢) لسان العرب (٢/ ٥٧١)، وروضة الطالبين (٩/ ٩٨).

(٣) روضة الطالبين (٩/ ٩٨).

(٤) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٥).

(٥) شرح منح الجليل (٢/ ٤٥٢).

(٦) زاد المعاد (٥/ ٤٣٧).

(٧) روضة الطالبين (٩/ ٩٨).

(٨) زاد المعاد (٢/ ٤٥٢).

مشروعية الحضانة:

الحضانة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِى صَغِيرًا﴾ [الإسراء: ٢٣-٢٤].

ففي الآيتين الكريمتين حث على الرعاية بالآباء عند الكبر وهو مظنة العجز والحاجة إلى الرعاية معززاً بالتذكير بما قدماه من تربية وحضانة ورعاية للأبناء في مرحلة الطفولة، فلا أقل من أن تقابل الحسنة بمثلها والبادئ أفضل. والآيتان الكريمتان فيهما معنى الرعاية والحضانة لكل من هو في حاجة إليها سواء كان صغيراً أو كبيراً.

وأما السنة: فما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت النبي (ﷺ) فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، قال: أنت أحق به ما لم تنكحي[1].

وأما الاجماع: فقد أجمعت الأمة على مشروعية الحضانة[2].

وأما المعقول: فقد خلق الله تعالى الإنسان ضعيفاً، وأمر الأبوين بوجوب رعايته والعناية به في كل ما يحتاجه من رضاع ونفقة وحسن تربية وتعليم وغير ذلك حتى يكون أهلاً لحمل الدعوة وحمل رسالة الإسلام، وقد تضافرت الأدلة على ذلك نذكر منها: قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَـٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

فإذا أوجب الله تعالى نفقة الزوجة لأنها أم ولده، فلأن تجب النفقة عليه من باب أولى، وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ قُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا ٱلنَّاسُ وَٱلْحِجَارَةُ﴾ [التحريم: ٦].

وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَـٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَـٰقٍ﴾ [الاسراء: ٣١].

فمنع الله سبحانه قتل الأولاد خشية الإملاق وهو الفقر، فلولا أن النفقة واجبة عليهم لما خافوا الفقر.

وفي وجوب رعاية الأبناء على الآباء يقول الشيخ أبو حامد الغزالي: (الصبي أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة، خالية من كل نقش وصورة، وهو قابل لكل ما نقش ومائل إلى كل ما يمال إليه، فإن عُوِّد الخير وعُلِّمه نشأ عليه، وسعد في الدنيا والآخرة، وشاركه في ثوابه أبواه وكل معلم له مؤدب، وإن عود الشر وأُهمل إهمال البهائم شقي وهلك، وكان الوزر في رقبة القيم عليه، والولي

---

(١) مسند أحمد (٢/ ١٨٢).

(٢) المقدمات لابن رشد (٢/ ٢٥٨).

له)، قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ قُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا ٱلنَّاسُ وَٱلْحِجَارَةُ ﴾ [التحريم: ٦][١].

حكم الحضانة:

الحضانة واجبة لأن الطفل إذا ترك ضاع وهلك، وكذلك المجنون وكل من لا يستقل بالقيام بأمور نفسه كالكبير العاجز، وهي من فروض الكفايات، إن قام بها البعض سقط الإثم عن الباقين[٢].

التكييف الفقهي للحق في الحضانة:

اختلفت آراء الفقهاء في تكييف الحق في الحضانة، هل هو حق خالص لله تعالى أم حق خالص للحاضن أم للمحضون أم مشترك بينهما؟.

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنها حق لله تعالى، وعليه فلا تسقط الحضانة بإسقاط الحاضن أو إرادة المحضون[٣]. ووجهه: أن الحضانة تحقق مصلحة عامة للمجتمع بحسن تربية أفراده وتنشئتهم تنشئة سليمة، والبنيان الاجتماعي يقوى بقوة لبناته وصلابتها، ويضعف بضعفها، فكانت الحضانة حقاً بهذا الاعتبار، ووجب على المجتمع كفالة الطفل والقيام بشؤونه عند عدم وجود الولي الخاص أو الحاضنة التي تتولى هذه المهمة، وقد أشار القانون إلى اعتبار هذا الجانب بوجوب تحقق شروط خاصة فيمن يتولى الحضانة، بوجوب منع الحاضن من السفر بالمحضون إذا لم تتحقق له مصلحة بالسفر وخشي عليه من الضياع. كل هذا يفيد بأن حق الحضانة ليس حقاً خاصاً بالمحضون أو الحاضنة أو مشترك بينهما. يؤيد هذا ما قرره كثير من الفقهاء من أن الحضانة فرض على الكفاية. والمصلحة الاجتماعية في فروض الكفايات ظاهرة.

ويرى بعض الفقهاء أن الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليه، وإلى هذا ذهب بعض الحنفية وبعض المالكية وهو مذهب الشافعية[٤]. وإذا تعينت الأم لحضانة الصغير بأن لم يجد غيرها، ولكن الصغير امتنع من قبول غير أمه، أو لم يكن للصغير أو للأب مال يستأجر له منه حاضنة، ففي هذه الأحوال تجبر الأم على حضانة الصغير، وأما غير الأم فلا تجبر على الحضانة وينتقل الحق الى من تليها من النساء ممن لهن الحق في الحضانة[٥] وذلك لقوله تعالى: ﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

ولقوله تعالى: ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ [الطلاق: ٦]. فإذا كانت الأم لا تجبر على إرضاع ولدها إن وجدت مرضعة أخرى، فلا تجبر على حضانته إن وجدت حاضنة أخرى، وإن كان هذا حال الأم فغيرها لا تجبر من باب أولى، ووجه حقها في الحضانة: أنها الأحق بإرضاعه إلا إذا تعاسر

---

(١) التوجيه الإسلامي للنشء في فلسفة الغزالي (ص٨٠) نقلا عن الإحياء (٨/ ١٤٤٨).

(٢) الكافي (٢/ ١٠٠٥)، والمقدمات (٢/ ٢٥٨).

(٣) البهجة للتسولي (١/ ٤٠٤).

(٤) االهداية للمرغيناني (٣/ ٣١٤)، والبهجة (١/ ٤٠٤)، وحاشية البيجرمي (٤/ ١٢٤)، وزاد المعاد (٥ / ٤٥١).

(٥) البحر الرائق (٤/ ١٨٠)، ومغني المحتاج (٣/ ٥٦)، وكشاف القناع (٥/ ٤٩٨).

الزوجان واختلفا على أجرة الرضاع فترضعه أخرى، وهذا يدل على أحقيتها في الحضانة، لأنه لا فرق بين الرضاع والحضانة من حيث حاجته إليه، وحسن قيام الأم به أكثر من غيرها ولأن الأم تقوم برعاية ولدها بدافع الشفقة التي أودعها الله تعالى فيها. ولقوله (ﷺ): (أنت أحق به ما لم تنكحي)[1] وفي هذا دلالة واضحة على أن للأم الحق في الحضانة.

ويرى بعض الفقهاء أن الحضانة حق للمحضون، فتجبر الحاضنة عليه وإلى هذا ذهب بعض الحنفية وبعض الحنابلة وبعض المالكية[2] فلا تسقط بإسقاط الحاضنة وتجبر الحاضنة عليه، لأن المحضون يهلك بتركها ويضيع، فوجب حفظه عن الهلاك والضياع، ولذا فإن الحضانة حقه إلا أنها لا تتعين على الأم إذا وجد غيرها ولا تتعين على غيرها ممن يستحق الحضانة إن امتنعت عنها ووجد غيرها، فحقه في الحضانة دون تعيين، فإن لم يوجد غير أمه مثلاً فقد تعينت وتجبر عليها وكذلك في سائر من يستحق الحضانة.

ويرى بعض الفقهاء أن الحضانة حق للحاضن والمحضون على سبيل الاشتراك وإليه ذهب بعض الحنفية وبعض المالكية[3].

والذي أميل لترجيحه أن الحضانة حق لله تعالى باعتبار ضرورة حفظ الأنفس ورعايتها وصيانتها وحق للمحضون باعتبار احتياجه إليها لحسن تربيته وحق الحاضن باعتبار أولوية القيام بها حسب الترتيب الذي وضعه الشرع رعاية للمحضون بما يحقق المعاني الإنسانية لكل من الحاضن والمحضون، ويترتب على ذلك أن تتم هذه الرعاية بإشراف القاضي وولايته حتى يتبين تحقق المقاصد الشرعية من مشروعية الحضانة. وهذا ما ذهب إليه القانون الأردني كما تدل عليه المادة [١٦٦] منه: لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحته فلم يكتف بموافقة الولي، وإنما أضاف إليه التحقق من تأمين مصلحته وكذلك ما جاء في المادة [١٦٤] منه حيث جاء فيها: فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير يمنع سفر الصغير ويسلم للطرف الآخر، كما أن هذا يبدو واضحاً من المادة رقم [١٥٥] التي وضعت شروطاً خاصة في الحاضنة تحقق مقصود الشارع من الحضانة.

ترتيب المستحقين للحضانة:

جعل الشارع الحكيم الحضانة للنساء وقدمهن على الرجال رعاية لمصلحة الصغير فهن كما قال الإمام النووي بها أليق وبالصغير أشفق.

وذهب الحنفية إلى أن الحضانة مرتبة فهي للنساء المحارم فإن فقدن انتقلت الحضانة إلى الرجال العصبات المحارم حسب ترتيبهم في التعصيب فإن لم يوجد من يستحقها منهم انتقل حق الحضانة إلى

---

(١) مسند أحمد (٢/ ١٨٢).

(٢) البهجة (١/ ٤٠٤)، والبحر الرائق (٤/ ١٨٠)، وحاشية ابن عابدين (٥/ ٥٦٠)، وزاد المعاد (٥/ ٤٥١).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٦٠)، ومواهب الجليل (٤/ ٢١٥).

الرجال المحارم من غير العصبات[١].

ترتيب النساء:

الأم: إذا توفرت شروط الحضانة في عدد ممن يستحق الحضانة قدمت الأم على غيرها.

أم الأم: فإن عدمت الأم أو وجدت ولم تتوافر فيها الشروط كانت الحضانة لأم الأم وإن علت وتقدم على أم الأب لأنها تدلى بالأم، والأم أحق به من الأب، وفي رواية عن أحمد أنها لأم الأب لا لأم الأم.

أم الأب: فإن فقدت أم الأم أو عدمت شرطاً انتقلت الحضانة لأم الأب وإن علت.

الأخوات: فإن فقدت أم الأب أو عدمت شرطاً انتقلت الحضانة للأخوات، وتقدم الأخت لأبوين على غيرها، ثم الأخت لأم على الأخت لأب عند الحنفية لأنها أشفق ولأنها تدلى بالأم والأخرى تدلى بالأب، والأم أحق به من الأب[٢].

بنات الأخوات: إذا عدمت الأخوات انتقلت الحضانة الى بنات الأخوات على الترتيب المذكور في الأخوات، مع مراعاة الخلاف الوارد في تقديم الخالة على الأخوات[٣].

الخالة: ذهب أبو حنيفة في رواية عنه إلى أنه إن عدمت الأخت لأب أو فقدت شرطاً انتقلت الحضانة إلى الخالة. وذهب أبو حنيفة في رواية أخرى الى أن الخالة تقدم على الأخت لأب[٤] وذهب بعض الشافعية إلى أن الخالة تقدم على الأخت مطلقاً سواء كانت لأبوين أو لأم أو لأب. لقوله (ﷺ): (الخالة بمنزلة الأم)[٥]. وإذا قلنا بتأخير الخالة على الأخوات وبناتهن مطلقاً قدمت الخالة لأبوين على الخالة لأم، والخالة لأم على الخالة لأب عند أبي حنيفة[٦].

العمات: إن فقدت الخالة أو عدمت شرطاً انتقلت الحضانة إلى العمة لأبوين وتقدم العمة لأم على العمة لأب عند الحنفية[٧]. فإن فقد من له الحضانة من النساء انتقلت الحضانة إلى المحارم من الرجال العصبات.

ترتيب الرجال العصبات:

إذا لم يوجد أحد من النساء ممن يستحق الحضانة أو وجدت ولم تتوافر فيها الشروط أو سقط حقها في الحضانة انتقلت إلى العصبات من الرجال حسب ترتيبهم في الإرث فتكون على النحو التالي:

---

(١) الهداية (٢/ ٣٧)، و شرح فتح القدير (٣/ ٣١٤، ٣١٥)، والبحر الرائق (٤/ ١٨٢).
(٢) الهداية (٢/ ٣٧)، وشرح فتح القدير (٣/ ٣١٤، ٣١٥)، والبحر الرائق (٤/ ٤١).
(٣) بدائع الصنائع (٤/ ٤١).
(٤) حاشية ابن عابدين: (٣/ ٥٦٣).
(٥) المهذب (٢/ ١٦٩، ١٧٠).
(٦) حاشية ابن عابدين: (٣/ ٥٦٣)، والبحر الرائق (٤/ ١٨٢).
(٧) المرجعين السابقين.

الأب، الجد، الأخ الشقيق، الأخ لأب، ابن الأخ الشقيق، ابن الأخ لأب، العم الشقيق، العم لأب، ابن العم الشقيق، ابن العم لأب، عم الأب الشقيق، عم الأب لأب، مع ملاحظة أن غير المحارم من العصبات ليس لهم حق حضانة الأنثى ولهم حضانة الذكر عند الحنفية[1].

ترتيب الرجال المحارم من غير العصبات:

إذا لم يوجد أحد من الرجال العصبات السابق ذكرهم انتقلت الحضانة إلى ذي الأرحام المحارم على الترتيب التالي:

الجد لأم، الأخ لأم، ابن الأخ لأم، العم لأم، الخال الشقيق، الخال لأب، الخال لأم، مع ملاحظة أن غير المحارم منهم لا حق لهم في الحضانة[2].

من له حق الحضانة عند اجتماع أكثر من واحد ممن يستحقون الحضانة:

إذا تعدد مستحقو الحضانة وكانوا متساويين في الذكورة أو الأنوثة ودرجة القرب كأختين شقيقتين فإنه يقدم أصلحهم فإن تساووا في ذلك فأورعهم، فإن تساووا فأكبرهم[3].

ترتيب المستحقين للحضانة في القانون:

أخذ القانون بمذهب الحنفية في ترتيب المستحقين للحضانة حيث نص على أن الأم هي الأحق بحضانة ولدها ثم تنتقل الحضانة بعدها إلى من تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة، كما أنه نص على أن للقاضي حق اختيار الأصح عند تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة.

المادة [١٤٥] الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية، وبعد الفرقة ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب الإمام أبي حنيفة.

المادة [١٥٧]: إذا تعدد أصحاب حق الحضانة الذين هم في درجة واحدة فللقاضي حق اختيار الأصلح للمحضون.

---

(١) شرح فتح القدير (٣/ ٣١٦).

(٢) تبيين الحقائق (٣/ ٤٨).

(٣) المبسوط (٥/ ٢١٢).

المبحث الثاني
في شروط استحقاق الحضانة ومسقطاتها

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول
في شروط استحقاق الحضانة

يشترط فيمن يتولى الحضانة أن تتحقق فيه الشروط التالية:

١- التكليف:

فلا حضانة لمجنون أو معتوه وسواء كان الجنون مطبقاً أو متقطعاً، لأنه لا يقدر على القيام بشؤونه بنفسه فلا يوكل إليه القيام بشؤون غيره، ولأن المحضون يضيع عنده، إذ المقصود من الحضانة الحفظ والرعاية والتربية. وكذلك الأمر بالنسبة للمعتوه[١] وألحق المالكية من به طيش وخفة عقل بهما في عدم ثبوت حق الحضانة له، لأنها تحمل صاحبها على التعسف وعدم حسن الرعاية[٢].

ومن يصاب بالإغماء الكثير الغالب فإنه لا يستحق الحضانة لأنه لا يتمكن من رعاية الطفل حال إغمائه فيضيع عنده، وأما الإغماء القليل فلا يمنع من استحقاق الحضانة لأنه كالنوم.

والكثير: ما دام أياماً، والقليل: ما كان لمدة يوم أو أقل من ذلك[٣].

ومن كان صغيراً دون سن التمييز لا يستحق الحضانة لأنه لا يقدر على القيام بشؤون نفسه، فكيف بشؤون غيره.

وإن كان الصغير مميزاً ففي استحقاق الحضانة خلاف العلماء. فذهب الجمهور إلى عدم استحقاقه الحضانة[٤] لأنه في حاجة إلى الرعاية والعناية والولاية فكيف نوكلها إليه. وذهب المالكية إلى أن الصغير العاقل غير المضيع للمال يستحق الحضانة إن كان عاقلاً مستوفياً لسائر شروط الحضانة[٥].

وقد اشترط القانون في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة المادة [١٥٥].

---

(١) الشرح الكبير (٢/ ٥٥٨)، وروضة الطالبين(٩/ ١٠٠)، والمغني (٨/ ٢١٢).
(٢) حاشية الخرشي (٣/ ٣٥١)، و حاشية العدوي (٣/ ٣٥١).
(٣) حاشية البيجرمي (٤/ ١٢٤).
(٤) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥٥).
(٥) الشرح الصغير للدلادير (٢/ ٧٥٨).

٢- الإسلام:

لا خلاف بين فقهاء المسلمين في أن المرتدة لا استحق حضانة الطفل المسلم وبهذا أخذ القانون في المادة [١٥٥] ولكنهم اختلفوا في استحقاق الكتابية حضانة الطفل المسلم على رأيين:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط إسلام الحاضنة وممن قال بهذا الرأي الشافعية والحنابلة وبعض المالكية(١).

وذلك: لأن الحضانة فيها نوع من الولاية قال تعالى ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

ولأن من المقاصد الأساسية للشارع من الحضانة إضافةً إلى حفظ النفس تربية الطفل علي هدى الإسلام، ولذا فإن الحضانة لا تعطى للمسلم الفاسق فلا تعطى للكافر من باب أولى والطفل يتأثر بمربيه تقليداً وفكراً في جميع مراحله العمرية، ومرحلة الطفولة المبكرة أكثر تأثراً، ولذا فلا تعطى حضانته لغير المسلمة(٢).

الرأي الثاني: ذهب الحنفية والظاهرية والمالكية في الراجح عندهم إلى جواز حضانة الكافرة للمسلم(٣) إذا توافرت فيها شروط الحضانة وتستمر حضانتها إلى أن يعقل الأديان أو يخاف على الطفل أن يألف الكفر. وإذا انتقلت الحضانة إلى العصبات من الرجال فيشترط إسلام الحاضن لأن مبناها التعصيب واختلاف الدين يمنعمنه(٤). وذلك لما روي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أن جده أسلم وأبت امرأته أن تسلم اجاء بابن له صغير لم يبلغ فأجلس النبي (ﷺ) الأب ههنا والأم ههنا ثم خير الطفل بينهما، فقال النبي (ﷺ): (اللهم اهده) فنهب إلى أبيه(٥) فلو لم تكن حضانة الكافر صحيحة اما خير النبي (ﷺ) الطفل بين أبيه المسلم وأمه غير المسلمة.

ولأن من مباني الحضانة الشفقة والأم أكثر شفقة على ولدها وإن كانت غير مسلمة، وقد قال النبي (ﷺ): (من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة)(٦).

وقد نوقشت أدلة القائلين باشتراط إسلام الحاضنة بأن الآية التي استدللتم بها عامة وقد . .

. . . قام الدليل المخصص كما ورد في حديث عبد الحميد بن جعفر، كما نوقشت أدلة القائلين بجواز حضانة غير المسلم للمسلم بأن الحديث الذي استدلوا به فيه عبد الحميد بن جعفر وهو ضعيف كما ذكر ذلك ابن حجر، وفيه اضطراب في الإسناد. فقد روي من طريق عبد الحميد بن جعفر، وروي

---

(١) كشاف القناع (٥/ ٤٩٨) والمهذب (٢/ ١٧٠)، وجواهر الأكليل (١/ ٤٠٩).
(٢) زاد المعاد (٥/ ٤٥٩).
(٣) الهداية (٢/ ٣٨)، وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٩)، والمحلي (١٠/ ٣٢٣).
(٤) شرح فتح القدير (٣/ ٣١٧)، وبدائع الصنائع (٤/ ٤٣).
(٥) السنن الكبرى(٨/ ٣).
(٦) سنن الترمذي (٣/ ٥٨).

من طريق عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده. ورواته من هذا الطريق مجهولون.

وفيه اضطراب آخر من حيث المتن فقد روي أن الطفل المخير ذكر وروي أنه أنثى[1]. وأما الحديث الثاني الدال على عدم جواز التفريق بين الوالدة وولدها فهو عام معارض بعموم قوله تعالى ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾.

والذي أميل إليه هو عدم اشتراط إسلام الحاضنة إذا كانت الحاضنة أماً وأن تستمر حضانتها إلى أن يعقل الأديان، وأما غير الأم فيشترط في الحاضنة أن تكون مسلمة وذلك عملاً بعموم الأدلة التي قطعت الموالاة بين المسلم وغير المسلم. وأما استثناء الأم من هذا العموم فعملاً بحديث عبد الحميد بن جعفر وبعموم حديث: (من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) وأن تكون حضانتها إلى أن يعقل الأديان، لأن الحضانة مقصود بها إضافةً إلى حفظ النفس تربية الطفل على آداب الإسلام، ولأن الطفل في هذه المرحلة العمرية أكثر تأثراً بمربيه فلا يجوز أن يترك توجيهه إلى غير المسلم.

وقد أعطى قانون الأحوال الشخصية الأردني الأم الحق في حضانة الطفل مسلمة كانت أو غير مسلمة وجعل حضانتها تمتد إلى سن البلوغ فقد جاء في المادة [١٦٢] تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية أولادها وحضانتهم إلى بلوغهم.

وأعطى غير الأم من النساء حق حضانة الطفل مسلمة كانت أو غير مسلمة وجعل حضانتها تمتد إلى سن التاسعة بالنسبة للصغير وإلى سن الحادية عشرة بالنسبة للصغيرة.

فقد نصت المادة [١٦١] على ذلك تنتهي حضانة غير الأم من النساء للصغير إذا أتم التاسعة، وللصغيرة إذا أتمت الحادية عشرة. هذا مع الأخذ بعين الاعتبار أن المادة [١٥٥] التي ذكرت الشروط الواجب توافرها في الحاضنة لم تذكر من بين الشروط المعتبرة الإسلام حيث جاء فيها: (يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة، أمينة لا يضيع الولد عندها، لانشغالها عنه، قادرة على تربيته وصيانته، وأن لا تكون مرتدة ولا متزوجة بغير محرم للصغير، وأن لا تمسكه في بيت مبغضيه).

٣- العدالة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الفاسق لا حضانة له، لأنه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة، ولاحظ للولد في حضانته لأنه ينشأ على طريقته[2].

وذهب بعض الفقهاء إلى عدم اشتراط العدالة في الحضانة، فأجازوا حضانة الفاسق، لأن اعتبار العدالة يؤدي إلى حرج عظيم، وذلك لقلة وجود العدل الذي يقوم على الحضانة، ولأن الطبع الذي فطر عليه الإنسان هو الاعتناء بأولاده والمحافظة عليهم[3] والذي أميل إليه اعتبار العدالة عند تعدد مستحقي الحضانة إن كانوا في درجة واحدة واعتبار الفسق الذي يسقط به حق الحضانة هو الذي يضيع الولد بسببه

---

(١) تهذيب التهذيب (٦/ ١١٥).

(٢) روضة الطالبين(٩/ ١٠٠)، والمغني(٨/ ٢١٢)، وحاشية (٤/ ٢١١)، والمقنع (٣/ ٣٢٨).

(٣) زاد المعاد (٥/ ٤٦١).

أو يخشى عليه في دينه، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء[١].

وقد اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة [١٥٥] أن تكون الحاضنة أمينة لا يضيع الولد عندها، لانشغالها عنه.

٤- القدرة على الحضانة:

يشترط في الحاضنة أن تكون قادرة على تربية المحضون وصيانته وحفظه، فالمريضة التي يقعدها مرضها عن القدرة على رعاية الطفل، والكبيرة العاجزة عن الحضانة بسبب الشيخوخة وأمثالها لا يستحقون الحضانة لأنهم يحتاجون إلى من يقوم بشؤونهم، فكيف يتولون القيام بشؤون الصغير، ويقاس على هؤلاء الأعمى والأخرس والأصم والمقعد، ويرى بعض الفقهاء أن العجز بسبب العمى لا يكون مانعاً من حضانة الصغير[٢]وقد ذكر القانون في المادة [١٥٥] أنه يشترط في الحضانة القدرة على تربيته وصيانته.

٥- أن يكون الحاضن مأموناً على المحضون، فلا يخشى عليه ضغينة، وأن يكون المكان الذي يسكن فيه مأموناً[٣]. وقد نص القانون في المادة [١٥١] على هذا الشرط، وإذا كانت الحاضنة مأمونة على الصغير، ولكنها تسكن بين قوم لايؤمن على الصغير منهم فإنها لا تستحق الحضانة.

٦- أن يكون الحاضن سليماً من الأمراض المعدية. فإذا كان الحاضن مصاباً بأمراض معدية يمكن أن تنتقل إلى الصغير فإنه لا يستحق الحضانة، لأن الضرر يلحق بالصغير[٤] وهذا الشرط وإن لم تنص عليه المادة [١٥٥] من القانون الأردني إلا أنه يفهم منها أن من كان به مرض معدٍ لا يستحق الحضانة.

٧- أن تكون الحاضنة فارغة خلية من الأزواج أو أن تكون متزوجة بمحرم من الصغير. لقد ذهب جماهير الفقهاء إلى أن الحضانة تسقط إذا تزوجت الحاضنة بأجنبي عن الصغير أي غير ذي رحم محرم، لانشغالها عن الصغير بحقوق الزوج. ورضى الزوج لا يؤثر في استحقاق الحضانة، فقد يرجع فيتضرر الولد[٥].

وللشافعية فيمن تزوجت بغير ذي محرم من الصغير وجهان:

الأول: يسقط حقها في الحضانة.

والثاني: لا يسقط حقها في الحضانة[٦].

---

(١) البحر الرائق (٤/ ١٨١)، وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٩).

(٢) روضة الطالبين (٩/ ٩٩)، والبهجة (١/ ٤٠٧).

(٣) جواهر الاكليل (١/ ٤١٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥٢٨)، وحاشية الخرشي (٤/ ٢١١).

(٤) منح الجليل (٢/ ٤٥٥)، وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٩، ٤١٠)، وحاشية الدسوقي على االشرح الكبير (٢/ ٥٢٨).

(٥) بداية المجتهد (٢/ ٤٩)، والمهذب (٢/ ١٦٩)، والمغني (٨/ ٢١)، والهداية (٢/ ٣٧)، وروضة الطالبين (٩/ ١٠٠)، وحاشية الخرشي (٤/ ٢١٣)، وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٨)، و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥٢٩).

(٦) النووي: روضة الطالبين (٩/ ١٠٠)، والمهذب (٢/ ١٦٩).

وقد استدل الجمهور على سقوط الحضانة إن تزوجت بأجنبي بما روي عن عبد الله بن عمرو أن امرأة أتت النبي (ﷺ) وقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني ويريد أن ينتزعه مني، فقال النبي (ﷺ): (أنت أحق به ما لم تنكحي)[1].

ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي (ﷺ) قال: (الأم أحق بولدها ما لم تتزوج).

وذهب الحسن البصري والظاهرية إلى أنه لا يشترط في الحاضنة أن تكون خلية من الأزواج، كما لا يشترط أن يكون الزوج ذا رحم محرم من الصغير، وبهذا قال بعض الشافعية[2].

واستدلوا: بقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ [النساء: ٢٣]. وهذا يدل على أن الربيبة قد تكون في حضانة أمها وإن تزوجت، وزوج أمها يربيها في حجره غالباً، ولو كانت الحضانة تسقط بالزواج من الأجنبي لما سميت ابنتها ربيبة لزوج أمها[3] ولأن النبي (ﷺ) تزوج أم سلمة ومعها ابنتها زينب فكانت عندها[4].

ولما روي أن علياً وجعفر ابني أبي طالب وزيد بن حارثة تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ابن عبد المطلب، واختصموا الى النبي (ﷺ) فقال جعفر: أنا أحق بها، أنا ابن عمها وخالتها تحتي، وقال علي: أنا أحق بها أنا ابن عمها وابنة رسول الله (ﷺ) تحتي -يعني ابنة عمها- وقال زيد أنا أحق بها لأنها ابنة أخي -وكان النبي (ﷺ) قد آخى بينهما- فقضى (ﷺ) لخالتها وقال: (الخالة أم)[5]. فقضى لخالتها وهي متزوجة من غير محرم من الصغيرة[6].

وذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى أن الأم المتزوجة بغير قريب محرم من المحضون ليس لها حق الحضانة كما جاء في المادة [١٥٦].

والذي أميل إليه أن الأم المتزوجة تستحق حضانة الصغير إن لم يكن المنازع لها في حق الحضانة هو الأب، فإن كان الأب فلا تستحق الحضانة ولابد من اعتبار رضى زوج الحاضنة بحضانة الصغير، وفي الأحاديث التي دلت على جواز حضانة الأم المتزوجة قد تحقق رضى زوجها، ولم يكن المنازع لها هو الأب وبذلك نعمل بالأدلة التي استدل بها الفريقان، وإعمال الدليل أولى من إهماله.

أثر عمل المرأة على حقها في الحضانة:

يفهم من تعليل الفقهاء عدم استحقاق المتزوجة حضانة الصغير لإنشغالها بحق الزوج عن حضانة الصغير أن المرأة العاملة إن حال عملها دون رعاية الصغير وحفظه ورعايته فإنها لا تستحق الحضانة،

---

(١) سنن أبو داود (٢/ ٧٠٧)، وسنن البيهقي (٨/ ٤).
(٢) تكلمة الجموع (١٨/ ٣٢٥)، والمغني (٨/ ٢١٩)، وروضة الطالبين (٩/ ١٠٠).
(٣) المغني (٨/ ٢١٩).
(٤) نيل الأوطار (٩/ ١٣٩)، وتكملة الجموع (١٨/ ٣٢٥).
(٥) سنن أبو داود (٢/ ٧١٠)، وسنن الترمذي (٦/ ٣٠) والسنن الكبرى (٨/ ٥).
(٦) المغني (٨/ ٢١٩).

ولما كانت الأعمال مختلفة منها ما يسمح للأم بالإشراف على رعاية ابنها وحضانته ومنها ما لا يسمح لها بذلك، كما أن الأمر يختلف حسب سن الصغير فإذا كان الصغير مميزاً يقضي وقته في المدرسة في الوقت الذي تكون أمه في عملها، فلا يضيع الولد بذلك ولا يؤثر عملها في حضانته، فإنها تستحق الحضانة في مثل هذا الحال. ولذا فإنني أرى أن يترك الأمر إلى القاضي في تقدير استحقاقها لحضانة الطفل. وقد اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة [٢٥٥] أن لا يضيع الولد عندها لانشغالها عنه، ولم ينص على منع الأم العاملة من حضانة الصغير.

٨- أن يكون الحاضن ذا رحم محرم من الصغير:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم محرم للصغير وبهذا قال الحنفية والمالكية والشافعية في قول[١] وذلك لأن الحضانة يقع فيها الاختلاط بين الحاضن والمحضون ولذا اشترطت المحرمية.

وقال الشافعية لا يشترط في الحاضنة أن تكون ذات رحم محرم للصغير إذا كان دون السن الذي يشتهي فيه -وهو الصحيح في المذهب- وبه قال الظاهرية والزيدية[٢] وعليه تثبت الحضانة لابنة الخال وابنة العم عندهم.

وأما إذا كانت الحضانة للرجال فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يشترط في الحاضن أن يكون محرماً للصغير إذا كان أنثى. وقيد بعضهم هذا الشرط بما إذا كانت الصغيرة مشتهاة فإن لم تكن مشتهاة فتصح حضانتها من الرجل غير المحرم[٣] وذلك لأن الحضانة يقع فيها الاختلاط بين الحاضن والمحضون.

وذهب بعض الفقهاء إلى عدم اشتراط المحرمية في الحاضن فتثبت الحضانة لابن العم مثلاً وإذا كان المحضون أنثى مشتهاة فإنها لا تسلم إليه خشية الخلوة، ولكن تسلم لامرأة ثقة ثم يقوم هو برعايتها[٤].

والذي أميل إليه هو اعتبار اشتراط المحرمية في الرجل والمرأة، لأن مبنى الحضانة هو الشفقة وهي بين المحارم أكثر، ولأن من مقاصد الحضانة الرعاية والحفظ وقد يؤدي الاختلاط بين الحاضن والمحضون إلى عدم رعاية هذا المقصد العام، ولكن ينبغي أن يجعل الحضانة لغير المحارم إذا لم يوجد غيرهم من المحارم المستحقين، وكان الحاضن موثوقاً في خلقه ودينه.

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب الحنفية وهم لا يجيزون حضانة غير المحارم.

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٤)، والبهجة (١/ ٤٠٥)، وروضة الطالبين (٩/ ١١٠).
(٢) روضة الطالبين (٩/ ١١١)، والمحلى (١٠/ ٣٢٣)، والبحر الزخار (٤/ ٢٨٨).
(٣) الانصاف (٩/ ٤٢٠)، وحاشية الخرشي (٣/ ٣٥٣)، وحاشية ابن عابدين(٣/ ٥٦٤).
(٤) روضة الطالبين (٩/ ١١١).

المطلب الثاني

في مسقطات الحضانة

إذا فقد الحاضن أحد الشروط السابقة الواجب توافرها فيه فإن حقه في الحضانة يسقط، وكذلك يسقط حق الحاضنة إذا لم تقم بواجباتها تجاه المحضون أو تزوجت بغير قريب محرم من المحضون وقد سبق بيان ذلك ونصت عليه المادة [١٥٦].

سفر الحاضنة بالمحضون:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الانتقال بالمحضون من مكان الحضانة إلى مكان آخر يكون سبباً لإسقاط الحق في الحضانة إذا كان البلد الذي انتقلت إليه بعيداً أو كانت تريد الانتقال به للإقامة في ذلك المكان. أما اذا كان الانتقال إلى بلد قريب أو سافرت به لقضاء حاجة مؤقتة ثم سترجع لتقيم في المكان الأول فإن حقها في الحضانة لا يسقط[١] وتفصيل ذلك عند الفقهاء على النحو التالي:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه إن أراد أحد الأبوين السفر بالولد ثم العودة به والآخر مقيم، فالمقيم أحق بحضانته، لأن في السفر به إضراراً بالولد، وإن كان السفر للإقامة والطريق آمن والبلد الذي يريد الانتقال إليه آمن فالأب أحق به سواء كان هو المسافر أو المقيم لأن في كونه مع الأم رعاية لحضانته وفي كونه مع الأب رعاية حفظ النسب والتأديب، والحضانة يقوم بها غير الأم هذا إذا كان السفر مسافة القصر أو أكثر.

أما إذا كان السفر دون مسافة القصر فالحكم فيه كما لو كانا مقيمين[٢]. وذهب الحنفية إلى أنه إن أراد الأب الانتقال به فالأم أحق، وإن أرادت الأم الإنتقال به فإن كان الى البلد الذي كان فيه أصل النكاح فهي أحق به، وإن كان إلى بلد اخر فالأب أحق به لأن الزوج قد التزم المقام في البلد الذي عقد فيه النكاح عرفاً وشرعاً وقد قال (ﷺ): (من تأهل ببلد فهو منهم). وإن كان الذي جرى فيه النكاح هو القرية وأرادت الإنتقال إليها وهو يسكن المدينة فالأب أحق به، لأن في انتقاله إلى القرية إلحاق ضرر به لتخلقه بأخلاق أهل السواد، وإن كان الأمر بالعكس أي الانتقال من القرية الى المدينة فلها ذلك لأن في ذلك مصلحة الصغير، ولا ضرر على الأب فيه[٣].

وحاصل الأمر عند الفقهاء هو رعاية مصلحة الصغير، وما ذكره الحنفية يختلف من عصر إلى عصر، وكذلك الأمر بالنسبة لما ذكره الشافعية والحنابلة. واذا كان الأمر كذلك فإنني أميل إلى أن يكون من صلاحية القاضي، وأن تراعي التشريعات في كل بلد إسلامي هذه المصلحة. وقد نص قانون الأحوال الشخصية على مراعاة هذه المصلحة وأعطى القاضي صلاحية واسعة فيها. فقد جاء في المادة [١٦٤]:

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٤).

(٢) المغني (٨/ ٢١٨)، وروضة الطالبين (٩/ ١٠١)، وتكملة المجموع (١٨/ ٣٤٢)، وجواهر الاكليل (١/ ٤١٠)، وحاشية الخرشي (٤/ ٢١٥)، والمهذب (٢/ ١٧٢)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥٣١).

(٣) الهداية (٢/ ٣٨)، والبدائع (٤/ ٤٤)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٥٧٠).

لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالصغير إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك الصغير ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة الصغير معه فإن ثبت تأثير السفر على مصلحة الصغير يمنع السفر ويسلم للطرف الآخر.

فقد فرق القانون بين السفر بالصغير داخل المملكة وخارجها فإن كان داخل المملكة وكان السفر لا يؤثر على مصلحة الصغير أو كان السفر فيه مصلحة للصغير فإنه لا يمنع من الحضانة. وأما إذا كان يؤثر على مصلحته فإن القاضي يمنع الحاضنة أو الولي من السفر به إذا طلب أحدهما منه ذلك، وتقدير المصلحة من اختصاص القاضي.

وقد عالجت المادة [٦١٦] السفر بالصغير إلى خارج المملكة حيث جاء فيها: لا يسمح للحاضنة أن تسافر بالمحضون خارج المملكة إلا بموافقة الولي، وبعد التحقق من تأمين مصلحته.

وقد أحسن حيث أعطى القاضي صلاحية التحقق من تأمين مصلحة الصغير حتى لو كان السفر برضاء كل من الحاضنة والولي.

عودة الحضانة:

إذا تحقق الشرط الذي سقطت الحضانة بسببه وذلك بأن أسلمت الكافرة أو أفاقت المجنونة أو رشدت الفاسقة أو برأت من مرض أعجزها عن الحضانة رجع حقها في الحضانة.

أما إذا سقط حقها في الحضانة بسبب الزواج من غير قريب محرم للصغير ثم طلقت فقد اختلف الفقهاء في رجوع حقها في الحضانة على النحو التالي:

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه إن كان الطلاق رجعياً لم يعد حقها في الحضانة حتى تنتهي عدتها لأن الزوجية قائمة بينهما. وإن كان الطلاق بائناً عاد حقها في الحضانة لانقطاع حق الزوج في الاستمتاع بالزوجة[١].

وذهب الإمام مالك إلى أن حقها في الحضانة لا يعود بحال. لأن زواجها يعتبر رضا منها بتسليم الولد إلى الذي يحضنه بعدها[٢].

وذهب الإمام الشافعي والإمام أحمد إلى أن حقها في الحضانة يعود سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً قياساً على ما لو كان الطلاق رجعياً، لأن المطلقة رجعياً كالبائنة في عدم جواز الاستمتاع بها قبل الرجعة[٣].

وقد نص القانون في المادة [١٥٨] على أن حق الحضانة يعود اذا زال سبب سقوطه دون أن يفصل في ذلك. ولما كانت المادة قد جاءت من غير تفصيل بين من طلقت طلاقاً رجعياً أو طلاقاً بائناً، والمطلقة الرجعية تعتبر زوجة ما دامت في العدة فإن حقها في الحضانة لا يعود إلا بعد انتهاء العدة، اذ يحتمل أن يراجعها الزوج في أثنائها فتسقط حضانتها ثانية.

---

(١) الهداية (٢/ ٣٧).

(٢) جواهر الأكليل (١/ ٤١٠)، وحاشية الخرشي (٤/ ٢١٦).

(٣) المغني (٨/ ٢٢٤)، روضة الطالبين (٩/ ١٠١)، وتكملة المجموع (١٨/ ٣٢٥).

المطلب الثالث

في مدة الحضانة

المقصود من الحضانة رعاية الصغير والقيام بشؤونه بما يصلحه، وهذا يحتاج في جانب منه إلى النساء حيث يَكُنَّ أقدرَ على رعاية الصغير من الرجال، ويحتاج في جانب آخر منه إلى رعاية الرجال حيث يكونون أقدر على رعاية الصغير وتنشئته وتربيته من النساء ولا خلاف بين الفقهاء في أن النساء أقدر على تربية الصغير غير المميز من الرجال فتكون الحضانة للنساء في هذه المرحلة العمرية، ولكنهم اختلفوا في المدة التي تنتهي فيها حضانة النساء، حيث الأصلح للمحضون أن يكون في حضانة الرجال. كما أن الأمر في نظرهم يختلف فيما إذا كان المحضون ذكراً أو أنثى، فقد تكون المرأة أصلح لتربية الأنثى من الرجل في مرحلة ما بعد التمييز أيضاً، ولذا فإنني سأبين آراء الفقهاء في المدة التي تنتهي فيها حضانة النساء بالنسبة للغلام أولاً ثم المدة التي تنتهي فيها حضانة النساء بالنسبة للجارية.

مدة انتهاء حضانة النساء للغلام:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن حضانة النساء للغلام تستمر إلى سن السابعة، فإذا بلغها غير معتوه خُيّر بين أبويه إذا تنازعا فيه، فمن اختاره منهما فهو أولى به إذا كان كل منهما أهلاً للحضانة[1].

واستدلوا: بما روى أبو هريرة أن النبي (ﷺ) خير غلاماً بين أبويه[2] وبما روى عن عمارة الجرمي أنه قال: خيرني علي بين عمي وأمي، وكنت ابن سبع أو ثمان[3] وهذه قصص اشتهرت ولم يعرف لذلك مخالف فكان إجماعاً[4].

وعلى هذا إذا اختار الغلام أحدهما فسلم إليه ثم رجع فاختار الآخر سلم إليه، وهكذا، وكذلك يخير بين أمه وعصبته إن كان الأب معدوماً، ويخير من تقوم بحضانته وعصبته إن كانت معدومة.

وذهب الحنفية والمالكية إلى أن الولد يبقى في حضانة أمه حتى يستغني فيأكل وحده ويشرب وحده، ويلبس وحده، ويستنجي وحده، وذلك لأنه إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على التأديب والتثقيف، وقدر بعضهم الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب.

---

(١) المهذب (٢/ ١٧١)، وروضة الطالبين (٩/ ١٠٣)، وتكملة المجموع (١٨/ ٣٣٧)، المغني (٨/ ٢١٤)، والمقنع (٣/ ٣٢٩).

(٢) سنن الدرامي (٢/ ١٧٠)، وسنن الترمذي (٤/ ٥٨٩)، والسنن الكبرى (٨/ ٣).

(٣) السنن الكبرى (٨/ ٤).

(٤) الهداية (٢/ ٣٨)، وجواهر الأكليل (١/ ٤١٠)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥٣١)، و حاشية الخرشي (٤/ ٢١٥).

وعليه فإن الولد لا يخير عندهم بين أبويه لأنه لا يعرف حظ نفسه ولا قول له فيعتبر، فربما يختار من يلعب عنده، ويترك من يأدبه ويعلمه، وهذا يؤدي إلى فساده.

مدة انتهاء حضانة النساء للجارية:

ذهب الشافعية الى أن الجارية تبقى في حضانة أمها الى سن السابعة ثم تخير بين أبويها كالغلام(1).

وذهب الحنابلة إلى أنها تبقى في حضانة أمها الى سن السابعة ثم تكون حضانتها للأب لأنه الأصلح لها لأنها تحتاج الى التأديب والصون والحفظ والأب أقدر على ذلك من الأم ولأنها تكون بعد ذلك قابلة للتزويج، وإنما تخطب الجارية من أبيها. ولذا فإنها لا تخير كالغلام(2).

وذهب الحنفية إلى أنها تبقى عند الحاضنة إن كانت أماً أو جدة الى سن البلوغ لأنها بعد التمييز تحتاج الى معرفة اداب النساء، والمرأة أقدر، وأما بعد البلوغ فإنها تحتاج الى التحصين بالزواج والأب فيه أقوى وأهدى.

وإن كانت حضانتها لغير الأم أو الجدة فإنها تستمر إلى أن تبلغ سناً تشتهى فيه ثم تنتقل حضانتها للرجال المحارم(3).

وذهب المالكية إلى أن الأم أحق بحضانة الجارية حتى تتزوج أو يدخل بها الزوج(4).

مدة الحضانة في القانون الأردني:

نصت المادة [١٦٢] على حضانة الأم وجعلتها إلى سن البلوغ بالنسبة للغلام والجارية حيث جاء فيها: (تمتد حضانة الأم التي حبست نفسها على تربية وحضانة أولادها إلى بلوغهم).

وفي رأيي أن الأم تستحق حضانة الغلام الى سن العاشرة ثم تكون لوالده لأن الصغير لا يحسن القيام بشؤون نفسه في سن السابعة، وبعد العاشرة يكون في حاجة لرعاية والده وتعليمه وتأديبه، وأن يتخلق بأخلاق الرجال.

وبالنسبة للجارية فإنني أرى أن تستمر حضانة الأم لها إلى سن البلوغ لأنها تحتاج لأن تتعلم عادات النساء، والأم أقدر على ذلك، شريطة أن تكون الأم مأمونة عليها، وأن تكون قادرة على حفظها وصونها.

ونصت المادة [١٦١] على حضانة غير الأم من النساء حيث جعلت مدة انتهائها هو سن التاسعة

---

(١) المهذب (٢/ ١٧١)، وروضة الطالبين (٩/ ١٠٣)، وتكملة المجموع (١٨/ ٣٣٧).

(٢) المقنع (٣/ ٣٢٩)، والمغني (٨/ ٢١٤).

(٣) الهداية (٢/ ٣٨)، والرائق (٤/ ١٨٤)، وتبيين الحقائق (٣/ ٤٨).

(٤) بداية المجتهد (٢/ ٤٩)، والشرح الصغير (٢/ ٣٣٢)، وحاشية الخرشي (٢/ ٣٣٢)، و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٥٢٦).

بالنسبة للغلام وسن الحادية عشرة بالنسبة للجارية.

وفي رأيي أن هذه سن مناسبة ولا معنى للتفرقة بين الغلام والجارية بمثل هذا الفرق البسيط وأقترح أن يكون سن العاشرة هو سن انتهاء حضانة غير الأم بالنسبة للغلام والجارية معاً، مع ملاحظة ضرورة اتحاد الدِّين بين الحاضن والمحضون وإلا كانت حضانته له إلى أن يعقل الأديان.

ضم الأنثى البكر البالغة العاقلة:

إذا بلغ الغلام عاقلاً رشيداً فلا حضانة عليه، ولا يضم لوالديه ولا يجبر على السكن معهما، وإن كان أولى أن لا يفارق والديه هذا إذا كان مأموناً على نفسه، أما إن كان غير مأمون على نفسه فلأبيه أن يضمه إليه اعتباراً بولاية الأب على ماله محافظة عليه فالنفس أولى بالحفظ[1] أما الأنثى: فإن كانت ثيباً مأمونة على نفسها، لا يخشى عليها من الفتنة فلا يجب ضمها إلى وليها عند جمهور الفقهاء والأولى أن تكون برعاية والديها. وإن كانت غير مأمونة على نفسها أو يخشى عليها من الفتنة فإنه يحق لوليها أن يضمها إليه بل يجب ذلك[2].

وإن كانت الأنثى بكراً فإن كانت مأمونة على نفسها فلا يخشى عليها من الفتنة فلها حق الانفراد بالسُّكْنى؛ فحديثة السن يخشى عليها من الفتنة، وأما من بلغت سن الأربعين مثلاً وهي راشدة فلا يخشى عليها من الفتنة. وإن كانت غير مأمونة على نفسها أو يخشى عليها من الفتنة كان لوليها حق ضمها إليه، حفظاً لها من الفتنة[3].

وذهب بعض الفقهاء إلى أن البكر تضم لوليها ولو كانت بالغة عاقلة راشدة، وتبقى عنده حتى تتزوج وإلى هذا ذهب الحنابلة[4].

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بآراء جمهور الفقهاء الذين يرون وجوب ضم الأنثى الثيب البالغة العاقلة إن كانت غير مأمونة على نفسها، ويضم البكر البالغة العاقلة التي يخشى عليها من الفتنة لحداثة سنها وقدر هذه السن بالأربعين حيث جاء في المادة [١٦٥] فقرة (أ): للولي المحرم أن يضم إليه الأنثى البكر إذا كانت دون الأربعين من العمر، والثيب إذا كانت غير مأمونة على نفسها ولم يقصد بالضم الكيد والإضرار بها.

ولكن المادة نفسها فقرة (ب) رتبت على تمرد الأنثى على الضم بعد حكم القاضي به عدم استحقاق النفقة على الولي حيث جاء فيها: (إذا تمردت الأنثى المحكوم عليها بالانضمام للولي عن الانضمام إليه بغير حق فلا نفقة لها عليه). وأرى أن هذا لا يحقق المصلحة، وقد يوقعها في الفتنة ولذا أرى بقاء حقها في النفقة على الولي.

---

(١) مغني المحتاج (٣/٤٥٩)، وحاشية ابن عابدين (٣/٥٦٨)، وروضة الطالبين (٩/١٠٢).

(٢) روضة الطالبين (٩/١٠٢)، وتبيين الحقائق (٣/٤٩)، وكشاف القناع (٥/ ٥٠٠).

(٣) حاشية ابن عابدين (٣/٥٦٨)، وروضة الطالبين (٩/١٠٢).

(٤) الإنصاف (٩/ ٤٣١).

رؤية الصغير في مدة الحضانة:

الأصل أن يتربى الطفل تحت رعاية والديه، واذا حصل أن تولى أحدهما رعاية الطفل دون الآخر لظرف غير اعتيادي فلا ينبغي أن يكون مانعاً لأحد الأبوين من رؤية الصغير ورعايته والعناية به وهذا لا خلاف عليه[1].

وقد نصت المادة [١٦٣] من قانون الأحوال الشخصية على أنه: (يتساوى حق الأم وحق الأب أو الجد لأب في روية الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته). وفي رأيي أن هذا النص لا يحقق الغرض من حسن تربية الصغير، إذ أن التربية لا تحقق بمجرد رؤية الصغير وإنما بتدبر أحواله والمكث معه مدة من الزمن بحيث يستطيع توجيهه وتعليمه، وقد جرى العمل عند تخاصم الوالدين برؤية الصغير في المحكمة أو في مخفر الشرطة وهذا مما لا يقره الشرع، فليتق الله كل من الأبوين، وليتصر للحق، ألا وهو مصلحة الصغير، وعلى المحاكم الشرعية أن تتخذ التدابير الكافية لتحقيق مصلحة الصغير ومصلحة كل من الأبوين برعاية ابنه لا بمجرد رؤيته ساعة من الزمن كل أسبوع أو شهر، فإن كانوا في حي واحد فما المانع أن ينظر الأب أحوال ابنه وأن يراجع معه دروسه، وأن يعلمه آداب الرجال وحسن استقبالهم والقيام ببعض الأعمال التي يقوم بها الأب؟ وإذا كان الصغير في حضانة الأم وكانا في حي واحد فما المانع أن يتدبر شؤونه كل يوم؟ وكذلك الأمر بالنسبة للأم إذا كانت حضانة الصغير لغيرها من النساء أو الرجال.

وعندما صدر القانون المؤقت رقم (٨٢) لسنة ٢٠٠١ نص على إلغاء المادة (١٦٣) السابق ذكرها واستعاض عنها بالنص التالي:

أ- يتساوى حق الأم وحق الولي في مشاهدة الصغير عندما يكون في يد غيره ممن له حق حضانته.

ب- عند الاختلاف في مشاهدة الصغير تحدد رؤيته للأم وللولي مرة كل أسبوع وللأجداد لأم والجدات مرة في الشهر ولباقي من لهم حق الحضانة مرة في السنة.

ج- للقاضي تحديد زمان المشاهدة ومكانها حسب مصلحة الصغير إذا لم يتفق الطرفان على ذلك.

وفي رأيي أن النص الجديد لم يعالج الموضوع بالقدر الكافي، فمجرد الرؤية أو المشاهدة لا تحقق المقصود من تربية الأبناء.

---

(١) روضة الطالبين (٩/ ١٠٤)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٥٧)، وكشاف القناع (٥/ ٥٠٢)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٥٧١).

المبحث الثالث

في أجرة الحضانة

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الحاضنة تستحق أجرة على حضانتها للصغير[1].

وإذا كانت الحاضنة للصغير الأم وكانت في عصمة الزوج أب المحضون فإنها لا تأخذ أجرة على حضانتها، لأن لأجرة الحضانة شبه بالأجرة وشبه بالنفقة. أما شبه الأجرة فإنها تأخذها مقابل ما تقدمه من خدمة الصغير، وأما شبه النفقة فيها فهو أن أجرة الحضانة من جملة النفقة الواجبة للمحضون على أبيه، فإن ما تأخذه يعتبر من قبيل النفقة، والأم التي لا زالت في عصمة زوج أب المحضون تجب نفقتها عليه بالزوجية فلا تستحق أجرة على الحضانة حتى لا تجمع بين نفقتين.

وأما الأم المعتدة من طلاق رجعي فلا تستحق أجرة على الحضانة زمن العدة عند الحنفية لأن لها النفقة على الزوج، والمطلقة طلاقاً بائناً لا تستحق أجرة على الحضانة في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة لاستحقاقها النفقة زمن العدة على المطلق، وفي الرواية الثانية تستحق أجرة الحضانة لأنها بالنسبة لأب المحضون كالأجنبية فكما أن الأجنبية تستحق أجرة الحضانة وتستحق النفقة على من تجب عليه نفقتها فتجمع بينهما فكذلك المطلقة طلاقاً بائناً[2].

وفي رأيي أن الأم لا تستحق أجرة على حضانة الصغير ما دامت الزوجية قائمة بينها وبين الزوج أب المحضون كما لا تستحقها في حالة الطلاق الرجعي لأن الرجعية زوجة تستحقها في العدة من الطلاق البائن، والسبب في ذلك ليس الشبه بالنفقة كما قال الحنفية وإنما لأن رعاية الأبناء حق واجب على الوالدين الأب بالنفقة والرعاية، والأم بالحضانة والقيام على شؤون الصغير بما يصلحه، والرجعية زوجة لأنها ما زالت في عصمة الزوج يمكن إرجاعها بإرادته المنفردة، وأما المطلقة طلاقاً بائناً فقد انتهت عروة النكاح بينها وبين الزوج وأصبحت غير محبوسة لرعاية الأسرة والأبناء، فقد تعمل لإعالة نفسها، فاذا انقطعت لرعايتهم وحفظهم بالحضانة وجب أن تأخذ أجرة على عملها. وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بهذا الرأي حيث أوجب للأم أجرة على حضانة الصغير إن كانت في العدة من طلاق بائن أو انتهت عدتها من الطلاق الرجعي، ولم يوجب لها أجرة على الحضانة إن كانت الزوجية قائمة بينهما أو كانت في العدة من طلاق رجعي. كما جاء في المادة [١٦٠] لا تستحق الأم أجرة الحضانة حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي.

وذهب المالكية إلى أن الحاضنة لا تستحق أجرة على الحضانة، إلا إذا كانت الحاضنة فقيرة

---

(١) زاد المعاد (٥/ ٥٤١)، والمبدع (٨/ ٢٣٦)، والإنصاف (٩/ ٤١٦)، وحاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦١)، وحاشية الجمل (٤/ ٥١٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦١)، والبحر الرائق (٤/ ١٨٠).

والمحضون موسراً فينفق عليها من مال المحضون[1].

وتجب أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير، فإن كان المكلف بنفقة الصغير الأب وجبت عليه، وإن كان المكلف بنفقته الجد لأب وجبت عليه وهكذا. وإن كان للصغير مال وجبت نفقته في ماله وكذلك وجبت أجرة حضانته في ماله[2].

وهذا ما أخذ به القانون الأردني حيث أعطى أجرة الحضانة أحكام النفقة حيث جاء في المادة [١٥٩]: أجرة الحضانة على المكلف بنفقة الصغير، وتقدر بأجرة مثل الحاضنة على أن لا تزيد على قدرة المنفق.

وتقدر أجرة الحضانة بأجرة المثل ويراعى في ذلك حالة المنفق كما نصت عليه المادة [١٥٩] السابقة وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية والحنفية والحنابلة[3].

التقاص على أجرة الحضانة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التقاص بين الزوج والزوجة في الحقوق المالية الواجبة للزوج على الزوجة والحقوق المالية الواجبة للزوجة بسبب حضانة الصغير ورضاعته والإنفاق عليه على الزوج فتقوم الزوجة بحضانة الصغير مقابل بدل الخلع الثابت في ذمتها للزوج أب المحضون، وقالوا: يجوز أن يضم الزوج إلى أجرة الحضانة نفقة المحضون وأجرة رضاعه فتكون جميعها عوضاً عن بدل الخلع الواجب له في ذمة الزوجة. ولكنهم اشترطوا لصحة ذلك أن تكون مدة الحضانة والرضاع والنفقة معلومة وأن يكون مقدار النفقة معلوماً وبمعنى آخر أن يكون العوض الذي سيجري فيه المقاصة معلوماً فإذا كان معلوماً صح الخلع على العوض المذكور، فإذا لم تف الأم بما وجب عليها من العوض جاز للأب أن يرجع عليها بما بقي له من العوض، وإذا ماتت الأم قبل الوفاء بالعوض أخذ من تركتها مقدار ما بقي له من العوض عن مدة الحضانة والرضاع والنفقة المتبقية، وإذا مات الولد قبل انتهاء مدة الحضانة أو الرضاع فليس للأب أن يرجع عليها بما بقي له من المدة بعد موت الوالدة.

وقد نصت المادة [١٠٩] على ذلك حيث جاء فيها: (إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو حضانته أو اشترط إمساكها له بلا أجرة مدة معلومة أو إنفاقها عليه، فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت يرجع الزوج عليها بما يعادل أجرة إرضاع الولد وحضانته ونفقته عن المدة الباقية، أما إذا مات الولد فليس للأب الرجوع عليها بشيء من ذلك عن المدة الواقعة بعد الموت).

ويؤخذ على المادة أنها لم تشترط تحديد مدة معلومة للرضاع والحضانة والنفقة ولم تبين مقدار النفقة ومن المعلوم أن النفقة الآن مختلفة المقدار من حين لآخر فإذا التزمت الزوجة بالإنفاق مدة

---

(١) حاشية الخرشي (٣/ ٣٥٨)، والشرح الصغير (٢/ ٧٦٥).

(٢) مغني المحتاج (٣/ ٤٥٢)، وكشاف القناع (٥/ ٢٨٥)، وتبيين الحقائق (٤/ ٦٢).

(٣) الإنصاف (٩/ ٤١٦)، وكشاف القناع (٥/ ٢٨٥)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٥٢)، والروضة (٩/ ٩٨)، و حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٢).

الحضانة التي قد تستمر حسب القانون إلى سن البلوغ، فإنه لا شك أن العوض حينئذ يكون مجهولاً، هذا فضلاً عما تقع فيه الزوجة من التغرير بعدم تقدير أجرة الرضاعة والحضانة والنفقة، ولذا فإنني أرى ضرورة الإتفاق على المدة الزمنية للحضانة والرضاع والنفقة وضرورة بيان مقدار العوض المالي لتكون الزوجة على بينة من أمرها وحيتئذ للزوج أن يرجع عليها بما بقي من المدة عند عدم الوفاء.

هذا فضلاً على أنه ينبغي أن ينص في القانون على أن بدل المخالعة لا يجوز أن يزيد على ما دفعه الزوج من مهر معجل ومؤجل وتوابع للمهر ونفقات مشروطة من الزوجة وأهلها، وإلا تحولت المخالعة إلى مساومة، وسلاح بيد الزوج يبتز به ما شاء من الزوجة من الأموال، وقد قال (ﷺ) لمرأة التي أرادت مخالعة زوجها: (أتَرُدِّن عليه حديقته؟) وكان مهرها حديقة، قالت وزيادة، فقال (ﷺ): (أما الزيادة فلا)، ثم قال لزوجها: (خذ الحديقة وطلقها تطليقة)[1].

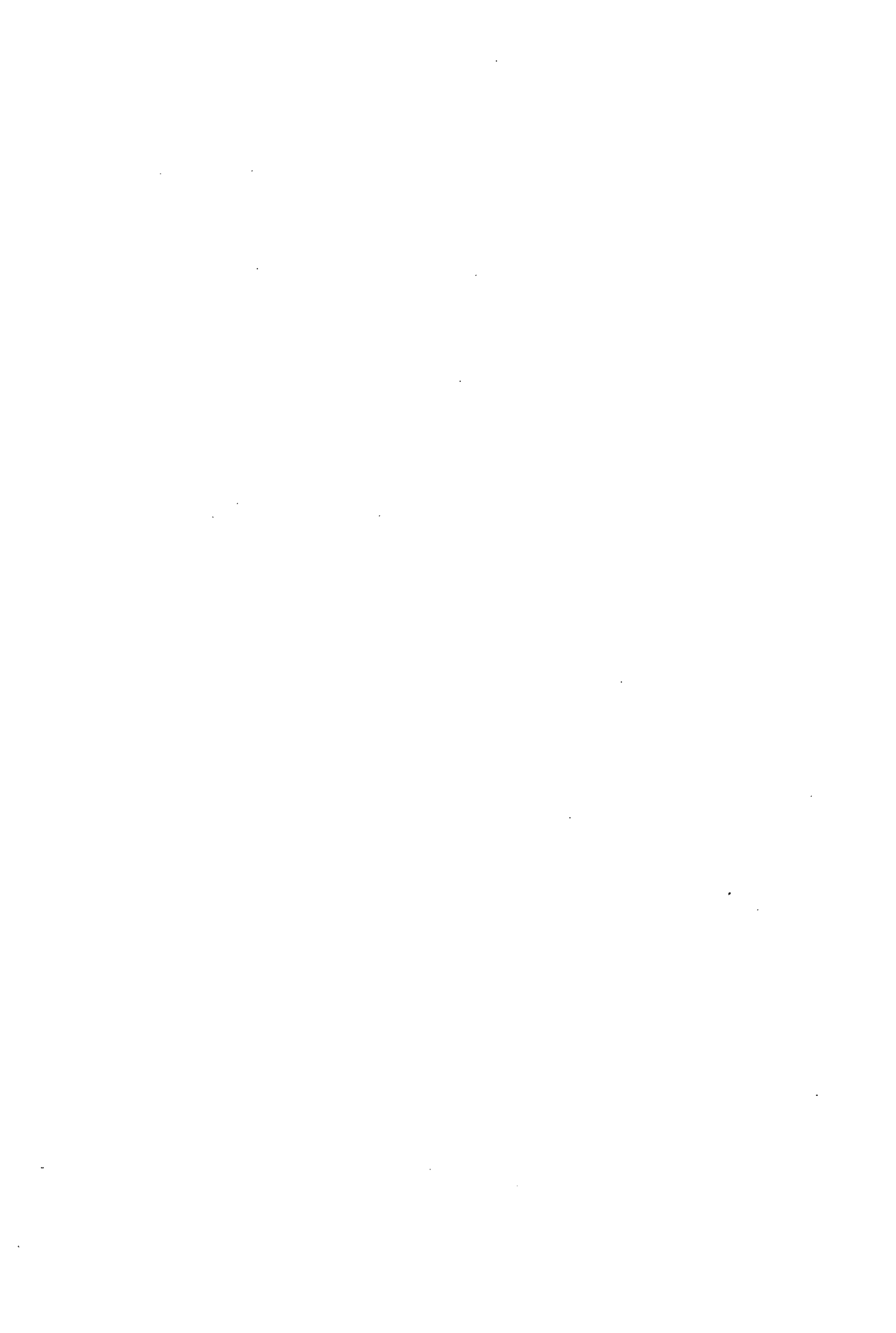
المخالعة على إسقاط الحضانة:

لقد سبق أن ذكرنا أن الحضانة فيها حق لله تعالى وحق للمحضون: فإذا خالع الرجل زوجته على أن تتنازل له عن حقها في حضانة الصغير فإن هذا الشرط لا يصح، لأن الحضانة فيها حق للصغير فلا يحق لها أن تتنازل عنه، وأما المخالعة فتصح وإليه ذهب الحنفية[2] وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية حيث نصت المادة [١١١] على أنه: إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه، ويلزم أبوه بنفقته فقط إن كان الولد فقيراً.

---

(١) سنن الدراقطني (٣٩٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤٤٦/٣).



الفصل الخامس

في نفقة الأقارب

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: نفقة الأصول على الفروع.

المبحث الثاني: نفقة الفروع على الأصول.

المبحث الثالث: نفقة الحواشي.



الفصل الخامس

في نفقة الأقارب

تمهيد:

القرابة التي تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وإن علوا وقرابة الأولاد وإن سفلوا وقرابة الحواشي كالإخوة والأعمام، وقبل أن أتكلم على الشروط الواجب توافرها لاستحقاق النفقة أقول إن الفقهاء قد اتفقوا على أصل وجوب النفقة بالقرابة ولكنهم اختلفوا في القرابة الموجبة للنفقة فبعضهم وسع دائرتها كالحنابلة حيث جعلوها على القريب الموسر الوارث، وضيق الحنفية الدائرة شيئاً قليلاً فجعلوها على القريب المحرم إن كان وارثاً في الجملة ولو لم يكن وارثاً بالفعل فتجب على الخال عندهم لأنه من المحارم وهو يرث إن فقد العصبات وأصحاب الفروض، ولا تجب على ابن العم لأنه غير محرم، وضيق الشافعية الدائرة أكثر من الحنفية فجعلوا النفقة بين الأصول والفروع فقط، وجعل المالكية النفقة للأبوين على أبنائهم وللأبناء الصُّلْبيين على الأبوين، ولا تجب لسائر الأصول على الفروع ولا لسائر الفروع على الأصول.

المبحث الأول

نفقة الأصول على الفروع

أولاً: نفقة الأبوين:

الأصل في وجوب نفقة الأب والأم على الولد الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا﴾ [الإسراء: ٢٣]. ومن الإحسان أن ينفق عليهما عند حاجتهما.

وأما السنة: فما روته السيدة عائشة عن النبي (ﷺ) أنه قال: (إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه)[١].

وأما الإجماع: فقد انعقد إجماع المسلمين على وجوب نفقة الأب على الولد، كما ذهب عامة أهل العلم إلى وجوب نفقة الأم على الابن[٢]، وحكي عن الإمام مالك: أن نفقة الأم لا تجب على الولد،

---

(١) سنن الترمذي (٤/ ٥٩٢)، والسنن الكبرى (٧/ ٤٧٩).

(٢) المغني (٨/ ١٨٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٨)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٤١)، وحاشية الشلبي (٣/ ٦٣).

لأنها ليست عصبة لولدها. وهذا لا يتفق مع منطوق الاية الكريمة السابقة[1]، وما ورد عن النبي (ﷺ) من البر بالأم والإحسان إليها أكثر من الأب فقد قال (ﷺ) لمن سأله من أبر؟ قال: أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم الأقرب فالأقرب[2].

ثانياً: نفقة الأجداد

يجب على الابن وإن نزل أن ينفق على الأجداد وإن علوا وبهذا قال الحنفية والشافعية والحنابلة لأن اسم الوالدين يقع عليهم قال تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨] فسمى الله تعالى إبراهيم أباً وهو جد، ولأن الجد كالأب، والجدة كالأم في أحكام الولادة من رد الشهادة وغيرها كذلك في إيجاب النفقة[3].

وذهب الإمام مالك إلى عدم وجوب نفقة الأصول على الفروع، لأن الجد ليس بأب حقيقي[4].

شروط وجوب نفقة الأصول على الفروع:

من هذه الشروط: ما يجب تحققه فيمن تجب عليه النفقة، ومنها: ما يجب تحققه فيمن تجب له النفقة ومنها: ما يجب تحققه فيهما.

ما يجب توافره في المنفق:

١- أن يكون موسراً بمال أو كسب بحيث يفضل عن حاجته ما ينفق منه على قريبه. فإن لم يكن له فضل غير ما ينفق على زوجته لم يلزمه نفقة القريب، وذلك لأن نفقة القريب مواساة ونفقة الزوجة عوض فقدمت على المواساة، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القريب كنفقة نفسه.

وهذا في غير الوالدين، أما الوالدان فيجب عليه أن ينفق عليهما وإن لم يجد ما يفضل عن نفقته ونفقة زوجته وأولاده بأن يضمهما إليه ويطعمهما مع أسرته[5] وهذا ما أخذ به القانون ونصت عليه المادة [١٧٢] حيث جاء فيها:

أ- يجب على الولد الموسر ذكراً أو أنثى كبيراً كان أم صغيراً نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب.

ب- إن كان الولد فقيراً قادراً على الكسب يلزم بنفقة والديه الفقيرين، وإذا كان كسبه لا يزيد عن حاجته وحاجة زوجته وأولاده فيلزم بضم والديه إليه وإطعامهما مع عائلته.

---

(١) المراجع السابقة.
(٢) السنن الكبرى (٨/ ٢)، وسنن الترمذي (٦/ ٢١)، وسنن أبي داود (٥/ ٣٥١).
(٣) المقنع (٣/ ٣٢٠)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٤١)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٨)، والمهذب (٢/ ١٦٦).
(٤) الشرح الكبير (٢/ ٥٥٢)، والشرح الصغير مع بلغة السالك (٢/ ٣٧٩)، وجواهر الأكليل (٢/ ٤٠٧)، وحاشية الخرشي (٤/ ٢٠٢).
(٥) المهذب (٢/ ١٦٦)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٣)، وتكملة المجموع (١٨/ ٢٨٥)، والمغني (٨/ ١٥٨).

ما يجب توافره في المنفق عليه:

١- أن يكون الأصل فقيراً لا مال له، فإن كان له مال فنفقته في ماله[١] وقد نصت المادة [١٦٧] على ذلك حيث جاء فيها: نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها.

٢- أن يكون الأصل عاجزاً عن الكسب، فإن كان قادراً على الكسب فلا تجب نفقته على فرعه، وهذا الشرط لم يتفق عليه الفقهاء فقد قال باشتراطه بعض الحنفية والشافعي في أحد قوليه وأحمد في رواية وجماعة من المالكية[٢]. وحجتهم: أن القدرة على الكسب كاليسار، ولذا فإن رسول الله (ﷺ) سوى بين الغني بماله، والقادر على الكسب في تحريم الزكاة فقال (ﷺ) (لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة قوي)[٣].

وذهب بعض الحنفية والشافعي في القول الثاني وأحمد في رواية ثانية وبعض المالكية إلى أن نفقة الأب تجب على ابنه وإن كان قادراً على الكسب[٤]. وهذا هو الأرجح لأنه يتفق مع ما أمر الله سبحانه به من البر والإحسان للوالدين. وقد أوجب القانون النفقة للوالدين الفقيرين على الأولاد الموسرين ذكوراً وإناثاً، صغاراً وكباراً ولو كانوا قادرين على الكسب كما نصت على ذلك المادة [١٧٢] فقرة (أ).

وأما سائر الأصول فيشترط فيهم عدم القدرة على الكسب حتى تجب نفقتهم على الفروع حيث نص القانون على عدم اعتبار هذا الشرط بالنسبة للوالدين خاصة في المادة [١٧٣] التي اشترطت لوجوب النفقة لكل قريب أن يكون عاجزاً عن الكسب وفقيراً حيث جاء فيها: (تجب نفقة الصغار وكل كبير فقير عاجز عن الكسب بآفة بدنية أو عقلية على من يرثهم... إلخ). وكان من الأولى أن يشترط القانون هذا الشرط بالنسبة للأصول وأن يأخذ بالرأي الفقهي القائل بعدم اشتراطه، وأن يميز بينهم وبين الأبوين بما ذكره القانون بوجوب ضم الأبوين إليه حتى في حالة عدم زيادة كسبه عن حاجته وحاجة أولاده وزوجته.

ما يجب توافره في المنفق والمنفق عليه:

١- التوارث: حيث تجب نفقة الأصل على فرعه إذا كان وارثاً وإلى هذا ذهب الإمام أحمد في أرجح الروايتين عنه. ولذا اشترط الإمام أحمد في أرجح الروايتين عنه لوجوب نفقة الأصول على الفروع أن يتحدا في الدين، فلا تجب نفقة الأب الذمي على ابنه المسلم، وذلك لأن النفقة مواساة على سبيل البر والصلة، فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة سائر الأقارب. ولا تجب نفقة أب الأم على ابن البنت لعدم التوارث بينهما عنده[٥].

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) المغني (٨/ ١٨٨)، والمهذب (٢/ ١٦٦)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٤١).

(٣) السنن الكبرى (٧/ ١٣).

(٤) مغني المحتاج (٣/ ٤٤٨)، والشرح الكبير (٢/ ٥٥٢)، والمقنع (٣/ ٣٢٠)، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٣/ ٦٣).

(٥) المغني (٨/ ١٥٨)، والمقنع (٣/ ٣٢٠، ٣٢١).

وذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والمالكية وأحمد في رواية الى أن نفقة الأصول تجب على الفروع مع اختلاف الدين[1] أي عدم التوارث وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ۖ وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ۖ ﴾ [لقمان: ١٥] وليس من الصحبة بالمعروف عدم الإنفاق عليهما مع يسر الابن وعسرهما، وتجب نفقة الأصل غير الوارث على فرعه الذي يرث منه.

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الجمهور من عدم اشتراط التوارث بين الابن وأبويه لوجوب نفقتهما عليه كما هو واضح من المادة [١٧٢]. وأما سائر الأصول فلا تجب نفقة ابن البنت على الجد لأم.

إجتماع عدد من الفروع:

إذا اجتمع أكثر من فرع وكان الكل منهم موسراً فقد اختلف الفقهاء فيمن تجب عليه النفقة على النحو التالي:

مذهب الحنابلة:

تجب النفقة على الوارث منهم وحسب حصصم الإرثية[2]

مذهب الحنفية:

اعتبر الحنفية درجة القرب دون الاستحقاق في الميراث، فإن تساوت الفروع في القرب وجبت النفقة عليهم بالسوية[3]

أمثلة:

أ- ابن وبنت : تجب عليهما بالسوية، وعند الحنابلة تجب عليهما بحسب الميراث أثلاثاً.

ب -ابن ابن وبنت: النفقة على البنت وعند الحنابلة عليهما بالسوية حسب الميراث.

ج- ابن بنت وبنت : النفقة على البنت لأنها أقرب وعند الحنابلة على البنت أيضاً لأن الميراث لها.

مذهب المالكية:

للمالكية في من تجب عليه النفقة عدة أقوال:

- بحسب الميراث.
- على الجميع بالتساوي من غير نظر إلى ذكورة أو أنوثة أو يسار.
- تجب عليهم بحسب يسار كل منهم، وهذا الأرجح عندهم[4].

---

(١) الهداية (٢/ ٤٦)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٣)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٤١)، والمهذب (٢/ ١٦٦)، والمغني (٨/ ١٥٨).

(٢) المغني (٨/ ١٩٢).

(٣) تبيين الحقائق (٣/ ٦٤)، والهداية (٢/ ٤٧)، والأحوال الشخصية للبرديسي (ص١٩٩).

(٤) جواهر الأكليل (١/ ٤٠٧)، والشرح الكبير (٢/ ٥٥٢)، وحاشية الخرشي (٤/ ٢٠٤).

مذهب الشافعية:

اعتبر الشافعية القرب والوراثة والذكورة والأنوثة، فإن استويا فيما سبق كانت النفقة عليهما بالسوية، وإن اختلفا في شيء من ذلك، ففي من تجب عليه النفقة رأيان:

الأول: النظر إلى القرب، فتجب على الأقرب سواء كان وارثاً أم لا ذكراً أم أنثى فإن استويا في القرب ففي وجوب النفقة وجهان:

الوجه الأول: تجب على الوارث منهم بالسوية، حسب الميراث.

الوجه الثاني: تجب عليهما من غير اعتبار للميراث.

الثاني: النظر إلى الميراث. فتجب النفقة على الوارث منهم، فإن تساويا في الميراث قدم الأقرب، وإن تساويا في القرب فالنفقة عليهما بالسوية، وقيل: حسب الميراث وإذا قلنا بالرأي الثاني وهو النظر إلى الميراث واستويا فيه وكان أحدهما ذكراً والآخر أنثى، فهل تجب على الذكر دون الأنثى ؟ وجهان عند الشافعية:

الوجه الأول: تجب على الذكر دون الأنثى.

الوجه الثاني: تجب عليهما من غير نظر إلى ذكورة أو أنوثة[1].

وهذه أمثلة توضح الآراء عند الشافعية:

أ- ابن وبنت: النفقة عليهما بالسوية إن اعتبرنا القرب أو أصل الميراث، وإن اعتبرنا مقدار الإرث فهي عليهما أثلاثاً، وإن اعتبرنا الذكورة فعلى الابن فقط.

ب- بنت وابن ابن: النفقة على البنت إن اعتبرنا القرب، وعليهما بالسوية إن اعتبرنا الإرث، وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الذكورة.

ج- بنت وبنت ابن: النفقة على البنت إن اعتبرنا القرب، وعليهما إن اعتبرنا الميراث.

د- بنت وابن بنت: النفقة على البنت إن اعتبرنا القرب أو الإرث، وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة.

هـ- ابن ابن وابن بنت: النفقة عليهما إن اعتبرنا القرب، وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الميراث.

و- بنت ابن وابن بنت: النفقة على بنت الابن إن اعتبرنا الميراث وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة، وعليهما إن اكتفينا بالاستواء في القرب.

ز- بنت بنت وبنت إبن إبن: النفقة على بنت البنت إن اعتبرنا القرب، وعلى بنت إبن الإبن إن اعتبرنا الميراث[2].

---

(١) روضة الطالبين (٩/ ٩٠)، والمهذب (٢/ ١٦٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٥٠)، وتكملة المجموع (١٨/ ٣٠١).
(٢) روضة الطالبين (٩/ ٩٠)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٥٠).

المبحث الثاني
نفقة الفروع على الأصول

وتشمل نفقة الأولاد على الأب والأم والأجداد.

أولاً: نفقة الأولاد على الأب:

الأصل في وجوب نفقة الأولاد على أبيهم الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ﴾ [الاسراء: ٣١].

فمنع الله تعالى قتل الأولاد خشية الفقر، فلولا أن النفقة واجبة لهم على الأبوين لما خافوا الفقر.

ولقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

فأوجب أجرة رضاع الولد على الأب فدل على أن النفقة تجب عليه.

ولقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

فالمولود له هو الأب وقد أوجب الله تعالى عليه رزق النساء لأجل الولد، فلأن تجب عليه نفقة الولد من باب أولى.

وأما السنة: فما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رجلاً جاء إلى النبي (ﷺ) فقال: يا رسول الله عندي دينار، فقال: أنفقه على نفسك، قال عندي آخر، فقال: أنفقه على ولدك، قال: عندي آخر، فقال: أنفقه على أهلك، قال: عندي آخر، قال: أنفقه على خادمك، قال: عندي آخر، قال: أنت أعلم به[1].

وبما روي عن هند بنت عتبة أنها قالت للنبي (ﷺ): إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال لها النبي (ﷺ): (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف).

وأما الإجماع: فقد انعقد إجماع الأمة على وجوب نفقة الابن على الأب وتجب نفقة الأولاد على أبيهم إن كانوا معسرين أو غير قادرين على الكسب، لا يشاركه أحد في تحمل النفقة وتستمر نفقتهم عليه إلى أن يستغنوا بمال أو كسب، أو أن تستغني الأنثى بالزواج، أو أن يكون الغلام قادراً على الاكتساب وإن لم يكتسب بالفعل[2].

وقد نصت المادة [١٦٨] على أن: نفقة الولد المعسر الذي لا يقدر على الكسب تجب على أبيه الموسر بمال أو كسب لا يشاركه فيها أحد وتستمر نفقة الأنثى على الأب الى أن تتزوج أو إلى أن تصبح موسرة بمال أو كسب وتستمر نفقة الغلام على الأب إلى أن يصبح قادراً على الاكتساب ما لم يكن

---

(١) الترغيب والترهيب (٣/ ٦٢).

(٢) تكلمة المجموع (١٨/ ٢٩٤)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٤١)، والمغني (٨/ ١٨٤)، والمهذب (٢/ ١٦٦).-

طالب علم. وهذا نص المادة [١٦٨]:

أ- إذا لم يكن للولد مال فنفقته على أبيه لا يشاركه فيها أحد ما لم يكن الأب فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب لآفة بدنية أو عقلية.

ب- تستمر نفقة الأولاد إلى أن تتزوج الأنثى التي ليست موسرة بعملها وكسبها، وإلى أن يصل الغلام إلى الحد الذي يكتسب فيه أمثاله ما لم يكن طالب علم.

وقد حدّدت المادة في فقرة (ب) متى يصبح الغلام قادراً على الاكتساب وذلك بالنظر إلى أمثاله، وهذا حسن لأنه يتفق مع الظروف الاجتماعية والاقتصادية المتغيرة. ويؤخذ على الفقرة (أ) أنها حددت العجز عن الاكتساب بآفة بدنية أو عقلية وقد يكون العجز عن الاكتساب راجعاً لوجود بطالة في المجتمع، وقد استدرك هذا النص عليه في المادة [١٧١] بقوله فيها: (أو كان لا يجد كسباً).

ثانياً: نفقة الأولاد على الأم:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نفقة الأولاد تجب على الأم إن كان الأب فقيراً غير قادر على الكسب وكانت موسرة بمالها[١].

وحكي عن الإمام مالك أن نفقة الأولاد لا تجب على الأم وإن كانت موسرة لأنها ليست عصبة لولدها[٢]

وأجيب عن قول الإمام مالك بأن بين الأم والابن قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأوجبت النفقة كالأبوة، ولأن النفقة إذا وجبت على الأب وولايته عن طريق الظاهر فلأن تجب على الأم وولايتها عن طريق القطع أولى[٣]

وإذا قلنا حسب رأي الجمهور بموجب نفقة الأولاد على الأم عند إعسار الأب بمال أو كسب فهل ترجع بها على الأب إذا أيسر؟.

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم رجوع الأم على الأب بالنفقة عند يساره كالجد لا يرجع بما أنفق على الأب[٤]

وذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن الى أن الأم ترجع بها على الأب إذا أيسر[٥]. وقد أوجب القانون في المادتين [١٧٠] و [١٧١] على الأم أن تنفق على أولادها عند إعسار الأب وعدم قدرته على الاكتساب وجعل لها الحق في الرجوع عليه بما أنفقت إذا أصبح موسراً كما يفيده عموم المادة [١٧١] حيث شملت جميع من تجب عليه النفقة عند إعسار الأب بما في ذلك الأم، وكما تفيد المادة [١٧١]

---

(١) مغني المحتاج (٣/٤٤٧)، والمغني (٨/ ١٨٤)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٢).
(٢) المغني (٨/ ١٨٤)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٤١).
(٣) المرجعين السابقين.
(٤) المهذب (٢/ ١٦٦)، والهداية (٢/ ٤٧)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٢).
(٥) تبيين الحقائق (٣/ ٦٢)، والهداية (٢/ ٤٧)، وتكملة المجموع (١٨/ ٢٩٤).

حيث نصت صراحة على رجوع الأم بما أنفقت على أولادها على الأب إلا أن هذه المادة نصت على الرجوع في نوع معين من النفقات وهي أجرة الطبيب أو العلاج ونفقة التعليم، ولم تشمل نفقة الطعام والكسوة والمسكن، فاستفيد ذلك من عموم المادة [١٧١]. وهذا نص المادتين:

المادة [١٧٠]: ١- الأولاد الذين تجب نفقتهم على أبيهم يلزم بنفقة علاجهم.

٢- إذا كان الأب معسراً لا يقدر على أجرة الطبيب أو العلاج أو نفقة التعليم وكانت الأم موسرة قادرة على ذلك تلزم بها على أن تكون ديناً على الأب ترجع بها عليه حين اليسار، وكذلك إذا كان الأب غائباً يتعذر تحصيلها منه.

٣- إذا كان الأب والأم معسرين فعلى من تجب عليه النفقة عند عدم قدرة الأب على نفقة المعالجة أو التعليم على أن تكون ديناً على الأب يرجع المنفق عليه حين اليسار.

المادة [١٧١]: إذا كان الأب فقيراً قادراً على الكسب وكسبه لا يزيد عن حاجته أو كان لا يجد كسباً، يكلف بنفقة الولد من تجب عليه النفقة عند عدم قدرة الأب، وتكون هذه النفقة ديناً للمنفق على الأب يرجع بها عليه إذا أيسر.

نفقة الأولاد على الأجداد:

ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب نفقة أولاد الابن وإن نزلوا على الأجداد من جهة الأب وذلك لأن اسم الولد يقع على أولاد الابن وإن نزلوا[١] قال تعالى: ﴿يَـٰبَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [يس: ٦٠].

فسمى الناس بني آدم، وإنما هو جدهم. ولأنه يصدق على الأجداد اسم آباء كما في قوله تعالى: ﴿وَٱتَّبَعْتُ مِلَّةَ ءَابَآءِيٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَـٰقَ﴾ [يوسف: ٣٨] فسماهم آباء وإنما هم أجداد.

وذهب الإمام مالك إلى أن نفقة أولاد الابن لا تجب على الجد، لأن ابن الابن ليس ابناً حقيقة وتجب النفقة عنده للابن على الأب، وللأب على الابن فقط كما سبق بيانه[٢]. وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الجمهور حيث أوجب نفقة الفروع على الأصول كما جاء في المادة [١٧١] الآنفة الذكر.

إجتماع عدد من الأصول:

إذا وجد أكثر من أصل ليس فيهم أب، فإن كان الأقرب معسراً فلا نفقة عليه، ووجبت النفقة على الأبعد الموسر وحده إن كان واحداً، فإن كانوا أكثر من واحد فقد اختلف الفقهاء في من تجب عليه النفقة وفي مقدار ما يجب على كل واحد منهم على النحو التالي:

مذهب الحنابلة:

تجب النفقة على الوارث بحسب الميراث تساووا في درجة القرب أم لا[٣].

---

(١) نيل الأوطار (٦/ ٣٤١)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٢)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٧).

(٢) المغني (٨/ ١٨٤)، ونيل الأوطار (٦/ ٣٤١)، وحاشية الخرشي (٤/ ٣٠٤)، وجواهر الاكليل (١/ ٤٠٧، ٤٠٨).

(٣) المغني (٨/ ١٩٣)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٤).

مذهب الحنفية:

إن كان الكل وارثاً كانت النفقة عليهم بحسب الميراث تساووا في درجة القرب أم لا. وإن كان بعضهم يرث والآخر لا يرث وجبت النفقة على الأقرب منهم وإن لم يكن وارثاً. فإن تساووا في القرب في هذه الحالة وجبت النفقة على الوارث منهم.

وإن كان الكل غير وارث وجبت النفقة على الأقرب منهم. فإن تساووا في القرب وجبت النفقة عليهم بالسوية.

فالمنظور إليه عند الحنفية القرب أولاً ثم الميراث، ففي حالة ما إذا كان الكل لا يرث كانت على الأقرب، وفي حالة ما إذا كان بعضهم يرث والآخر لا يرث كانت على الأقرب فإن تساووا في القرب كان الميراث مرجحاً لوجوب النفقة عليه، وفي حالة ما إذا كان الكل وارثاً كانت حسب الميراث دون نظر لدرجة القرب[1].

مذهب الشافعية:

أ- إذا كان للفرع أجداد وجدات أدلى بعضهم ببعض فالنفقة على الأقرب.

ب- وإن لم يدل بعضهم ببعض ففي اعتبار من تجب عليه النفقة آراء عندهم أُجملها فيما يلي:

- تجب على الأقرب وهو الأرجح.
- تجب على الوارث منهم بالسوية دون نظر لمقدار حصصهم الإرثية، وقيل: بحسب الميراث.
- تجب على من له الولاية على مال الصغير، فإن لم يكن لأحدهما ولاية على ماله وجبت على من يدلي بمن له ولاية على الصغير.
- تجب على الذكر دون الأنثى، وإلا فعلى من يدلي بذكر، فإن استويا اعتبر الأقرب.
- تجب على الوارث الذكر باعتبار هاتين الصفتين معاً، فإن فقدت الصفتان معاً أو إحداهما في أحدهما أو وجدتا فيهما اعتبرت بالأقرب، وإن وجدتا في أحدهما دون الآخر وجبت النفقة عليه وحده[2].

وهذه أمثلة لبيان رأي الشافعية:

أ- أب أب وأب أم: إن اعتبرنا القرب سوينا بينهما، وإن اعتبرنا الإرث أو الولاية فالنفقة على أب الأب.

ب- أم أب وأم أم: إن اعتبرنا القرب أو الإرث سوينا بينهما، وإن اعتبرنا الإدلاء بالولي أو بذكر فهي على أم الأب.

---

(١) الهداية (٢/ ٤٧)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٤).

(٢) المهذب (٢/ ١٦٦)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٥١)، وروضة الطالبين (٩/ ٩٢).

جـ- أب أم وأم أب: إن اعتبرنا القرب سوينا، وإن اعتبرنا الإرث أو الإدلاء بالولي فعلى أم الأب، أو على الرأي الخامس يستويان[1].

أمثلة توضيحية على اجتماع عدد من الأصول وبيان اراء الفقهاء فيمن تجب عليه النفقة ومقدارها:

أ- اجتمع جد -أب أب- وأم:

تجب النفقة عليهما بحسب الميراث عند الحنابلة والحنفية، على الأم الثلث وعلى الجد الثلثان. وعند الشافعية تجب على الجد (أب الأب) لأنه انفرد بالتعصيب فأشبه الأب.

ب- اجتمع أب أب وأب أب أب:

النفقة على أب الأب لأنه الأقرب، والآخر محجوب به عن الميراث عند الجميع.

جـ- أم أم وأب أم:

النفقة على أم الأم عند الحنابلة والحنفية لأنها الوارثة. وللشافعية أقوال سبق بيانها.

د- أم أم وأم أب:

النفقة عليهما بحسب الميراث عند الحنابلة والحنفية. وللشافعية أقوال سبق بيانها[2].

شروط وجوب نفقة الفروع على الأصول:

من هذه الشروط ما يجب تحققه في المنفق عليه، ومنها: ما يجب في المنفق، ومنها ما يجب توافره فيهما:

ما يجب توافره في المنفق عليه:

١- أن يكون الفرع فقيراً لا مال له ولا كسب، فإن كان الفرع فقيراً أو عاجزاً عن الكسب وجبت نفقته على أصله[3].

٢- أن يكون عاجزاً عن الكسب. وقد يكون العجز حقيقياً بعدم القدرة على الكسب لصغر أو مرض يقعده عن الاكتساب أو جنون، وهذا لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقته على الأصل، وأما إن كان العجز حكمياً كالأنوثة أو من كان قادراً ببدنه ولكن المهنة تزري به وبمكانته أو من كان طالب علم أو من كان قادراً على الاكتساب ولكنه لا يجده مكتسب فقد فصل الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

ذهب الحنفية إلى التفريق بين الابن والبنت حيث قالوا: لا تجب نفقة الابن القادر على الاكتساب. وأما البنت فتجب نفقتها على الأب حتى تتزوج فتستغني بنفقة الزوج، فإن طلقت أو توفي عنها زوجها رجعت على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة.

---

(١) روضة الطالبين (٩/ ٩٢)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٥١).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المغني (٨/ ١٨٤)، والمهذب (٢/ ١٦٦).

وقالوا: تجب النفقة لطالب العلم إن كان ذا أهلية للتعليم وكان ناجحاً.

وذهب الشافعية -في الراجح- والحنابلة إلى عدم وجوب نفقة الولد القادر على الكسب غير المكتسب على أصله.

وقال بعض الشافعية: تجب نفقته على أصله، وهذا الرأي مرجوح عند الشافعية.

وذهب المالكية إلى عدم وجوب نفقة الابن القادر على الكسب بصنعة لا تزري به، أما إن كانت الصنعة تزري به فتجب نفقته على أبيه. وأما الأنثى: فتجب نفقتها على أبيها إلى أن تتزوج وتزف إلى زوجها فتستغني بنفقة الزوج، فإن كان الزوج فقيراً لم تسقط نفقتها عن أبيها وإذا طلقت أو مات عنها زوجها عادت النفقة على أبيها[1].

ما يجب توافره في المنفق:

١- أن يكون موسراً بمال أو كسب، فإن كان الأب له كسب لا يكفيه الحاجات الأساسية كلف بالإنفاق على الأولاد من تجب عليه نفقتهم عند عدم وجود الأب وتكون ديناً للمنفق على الأب يرجع بها عليه عند اليسار[2].

ما يجب توافره بينهما:

التوارث: ذهب الإمام أحمد في رواية عنه إلى أنه لا تجب النفقة بين الفروع والأصول إلا إذا كان أحدهما يرث الآخر، ومقتضى هذا، إتحاد الدين بينهما، فلا تجب نفقة الأب الذي دخل في الإسلام على ابنه الذمي ولا تجب نفقة البنت التي دخلت الإسلام على والدها الذمي لعدم التوارث بينهما، وكذلك لا تجب نفقة ابن البنت على الجد أب الأم.

وذهب جمهور الفقهاء وأحمد في الرواية الثانية إلى أن اتحاد الدين بين الفرع والأصل ليس شرطاً لوجوب نفقة الفروع على الأصول، وقد سبق بيان هذه المسألة[3]

ولم يعتبر القانون هذا الشرط بين الولد والأبوين حيث أوجب النفقة للولد مع اختلاف الدين كما هو واضح من المواد [١٦٨]، [١٦٩]، [١٧٠] حيث نصت على أن نفقة الأولاد على الأبوين من غير تفريق بين من اتحد معه في الدين أم لا، أما نفقة الفروع على سائر الأصول غير الأبوين فيشترط فيها التوارث واتحاد الدين كما يستفاد من المادة [١٧٣].

---

(١) فيما سبق انظر: حاشية الشلبي على تبين الحقائق (٣/ ٦٤)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٨)، وحاشية الخرشي (٤/ ٣٠٤)، والشرح الكبير(٢/ ٥٢٢)، وجواهر الأكليل (١/ ٤٠٧، ٤٠٨)، والمغني (٨/ ١٨٤)، تكملة المجموع (١٨/ ٣٠٠).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) نيل الأوطار (٦/ ٣٤١)، والمغني (٨/ ١٥٨)، والمهذب (٢/ ١٦٦)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٣)، والهداية (٢/ ٤٦) والمقنع (٣/ ٣٢٠).

نفقة المعالجة والتعليم:

لقد نص القانون في المادة [١٧٠] على نفقة المعالجة للأبناء على الأب ونص في المادة [١٦٩] على أن نفقة تعليم الأبناء على الأب في جميع المراحل التعليمية الى أن ينال الولد أول شهادة جامعية شريطة أن يكون الولد:

١- ناجحاً.

٢- ذا أهلية للتعليم، ومعنى أهلية التعليم أن يكون حسن السيرة مشتغلاً بالعلوم النافعة.

فإن كان الأب غير قادر على ذلك لإعساره وجبت نفقة المعالجة والتعليم على الأم إذا كانت موسرة وتكون ديناً على الأب ترجع بها عليه عند اليسار، فإن كانت الأم معسرة وجبت نفقة المعالجة والتعليم على من تجب عليه النفقة عند عدم وجودها وتكون ديناً على الأب ويرجع بها المنفق عليه عند يساره. وفي حالة غيبة الأب وعدم القدرة على تحصيل نفقة العلاج أو التعليم منه بسبب الغيبة تكون على الأم الموسرة، وترجع بها على الأب، فإن كانت معسرة كانت عند غيبة الأب على من تجب عليه نفقة الولد عند عدم وجود الأب ويرجع بها على الأب عند حضوره.

وقد ألزم القانون الآباء بتعليم الأبناء إلى أول درجة جامعية ومبنى هذا الرأي السياسة الشرعية، ويؤخذ على القانون أنه نص على المعالجة بالنسبة للأولاد ولم يذكرها في نفقة الأصول على الفروع حيث يكون النص عليها أولى.

إجتماع الفروع والأصول:

إذا اجتمع عدد من الفروع والأصول فإن النفقة عند الفقهاء تكون على النحو التالي:

مذهب الحنابلة:

النفقة حسب الميراث[١].

مذهب الحنفية:

تجب النفقة على الأقرب درجة، فإن اتحدوا في درجة القرب وجبت النفقة على الوارث منهم بقدر الميراث، إلا أن يكون هناك دليل شرعي واضح يبين أن النفقة تجب على أحدهما دون الاخر[٢].

وهذه أمثلة توضح النفقة في المذهبين:

أ- أب أب وابن ابن: النفقة على أب الأب عند الحنفية لأنه أقرب، وعليهما حسب الميراث عند الحنابلة.

ب- أب أب وابن ابن: النفقة عليهما حسب الميراث عند الحنفية والحنابلة.

---

(١) المغني (٨/ ١٨٨-١٩٢).

(٢) الهداية (٢/ ٤٧)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٤).

جـ- أب أب وابن بنت: النفقة على أب الأب لأنه الوارث عند الحنفية والحنابلة.

د- أب وابن: النفقة على الأب عند الحنابلة للنص في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. وذهب الحنفية إلى أن النفقة على الابن وحده لقوله (ﷺ): (أنت ومالك لأبيك). وكان مقتضى القاعدة السابقة أن تكون النفقة عليهما بحسب الميراث، ولكنه عدل عن ذلك لوجود مرجح شرعي.

مذهب الشافعية:

القاعدة عندهم أنه إذا اجتمع الأصول والفروع ففيمن تجب عليه النفقة خمسة أوجه:

الأول: يقدم الأقرب درجة.

الثاني: يقدم الوارث وفي توزيعها رأيان: الأول حسب الميراث، والثاني تجب عليهما بالسوية.

الثالث: يقدم الولي على المال.

الرابع: يقدم الذكر على الأنثى.

الخامس: يستوي الذكر والأنثى.

وفي صورة أب وابن للشافعية رأيان: الأول النفقة على الأب وحده، والثاني: عليهما لتساويهما في القرب[1]

المبحث الثالث

نفقة الحواشي

يقصد بالحواشي الأقارب من غير ذوي عمودي النسب -الأصول والفروع- كالإخوة وأبناء الإخوة وإن تباعدوا والأعمام وأبناء الأعمام وإن تباعدوا وذوي الأرحام كالخال والأخ لأم.

وقد عرفنا مما سبق أن المالكية لا يوجبون النفقة إلا للأبوين فقط على الابن، وللابن على الأبوين. كما أننا عرفنا أن الشافعية لا يوجبونها إلا للأصول على الفروع وللفروع على الأصول وإن كانوا من ذوي الأرحام كأب الأم وابن البنت.

وأما الحنفية والحنابلة فقد أوجبوا النفقة للحواشي على بعضهم إذا توافرت شروط وجوب النفقة، فتجب مثلاً للأخ وابن الأخ والعم عند الحنفية والحنابلة، ولا تجب النفقة لابنة الأخ وابن الأخت وبنت الأخ والعمة وابنة العمة والخال والخالة عند الحنابلة، وتجب لهم وعليهم عند الحنفية لأنهم من ذوي الأرحام يرثون عند الحنفية إذا فقد العصبات وأصحاب الفروض[2].

وقال جماعة من الحنابلة: تجب النفقة على كل وارث لكل موروث، ولا تجب على الموروث لوارثه إذا لم يكن الموروث وارثاً، ومقتضاه: أن تجب النفقة للعمة وابنة العم، ولا تجب عليهما.

---

(١) روضة الطالبين (٩/ ٩٣)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٥١)، والمهذب (٢/ ١٦٦).

(٢) تبيين الحقائق (٣/ ٦٣)، والهداية (٢/ ٤٧)، والمغني (٨/ ١٨٥، ١٩٠).

واستدل الحنفية والحنابلة:

أ- بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. ووجه الدلالة: أن الله تعالى أوجب على الأب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه، فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الولد.

ب- بما روي أن رجلاً سأل النبي (ﷺ) (من أبر؟ قال أمك وأختك وأخاك). وفي لفظ: (ومولاك الذي يلي ذاك حق واجب ورحم موصولة)[١]

جـ- ولأن النبي (ﷺ) ألزمه الصلة والبر، والنفقة من الصلة جعلها حقاً واجباً[٢].

شروط وجوب نفقة الحواشي:

من هذه الشروط ما يجب توافره في المنفق ومنها ما يجب توافره في المنفق عليه ومنها ما يجب توافره فيهما:

١- أن يكون من تجب عليه النفقة موسراً بمال أو كسب بأن يكون قادراً على الكسب بحيث يزيد كسبه عن حاجته.

٢- أن يكون من تجب له النفقة فقيراً لا مال له ولا كسب يستغني به عن إنفاق الغير عليه، بأن يكون عاجزاً عن الكسب إما لصغر أو مرض أو جنون أو أنوثة.

٣- أن يكون المنفق ذا رحم محرم عند أبي حنيفة، ولم يشترط الحنابلة ذلك.

٤- أن يتحد المنفق والمنفق عليه في الدِّين، فإن اختلفا فلا نفقة لأحدهما على الآخر لعدم التوارث بينهما.

٥- أن يكون من تجب عليه النفقة وارثاً للمنفق عليه. وقال الحنفية: إذا كان المنفق وارثاً للمنفق عليه في الجملة وليس وارثاً له بالفعل حين وجوب النفقة لوجود من يحجبه وجبت النفقة عليه[٣].

وقد أخذ القانون بما ذهب إليه الحنابلة في نفقة الأقارب حيث لم يشترط المحرمية بين المنفق والمنفق عليه وجعلها على الوارث بالفعل وبمقدار الحصص الإرثية كما جاء في المادة [١٧٣] ونصها: (تجب نفقة الصغار الفقراء وكل كبير فقير عاجز عن الكسب بآفة بدنية أو عقلية على من يرثهم من أقرابهم الموسرين بحسب حصصهم الإرثية، وإذا كان الوارث معسراً تفرض على من يليه في الإرث، ويرجع بها على الوارث إذا أيسر).

اجتماع الحواشي:

إذا اجتمع أكثر من واحد ممن تجب عليهم النفقة من الأقارب غير الأصول والفروع فإن كان الكل وارثاً وجبت النفقة عليهم بحسب الميراث وكذلك إذا كان بعضهم يرث والآخر لا يرث وجبت النفقة

---

(١) سنن أبي داود (٥/ ٣٥١).

(٢) المغني (٨/ ١٨٥)، والمقنع (٣/ ٣٢١).

(٣) فيما سبق انظر: نيل الأوطار (٦/ ٣٤١)، ومغني المحتاج (٣/ ٤٤٦)، وتبيين الحقائق (٣/ ٦٣).

على الوارث إذا توافرت الشروط السابقة مع ملاحظة اشتراط الحنفية المحرمية بينهما، وأن يكون وارثاً في الجملة وإن لم يكن وارثاً بالفعل.

أمثلة توضيحية:

أ- أخ شقيق وأخ لأب: النفقة على الأخ الشقيق عند الحنفية والحنابلة لأنه الوارث.

ب- ابن أخ شقيق مسلم وأخ شقيق غير مسلم ومن تجب له النفقة مسلم: النفقة على ابن الأخ الشقيق لاتحادهما في الدين.

جـ- عمة وخالة: النفقة عليهما أثلاثاً عند الحنفية حسب الميراث العمة الثلثان والخالة الثلث، ولا نفقة عليهما عند الحنابلة لأنهما لا ترثان منه.

د- خال وابن عم: النفقة على الخال عند الحنفية لأنه محرم ووارث في الجملة. ولا تجب النفقة على ابن العم لأنه غير محرم. وتجب على ابن العم عند الحنابلة لأنه الوارث.

إجتماع الحواشي مع الفروع:

الحنابلة: النفقة على الوارث بمقدار ميراثه.

الحنفية: النفقة على الفروع وإن كان القريب من الحواشي وارثاً والفرع غير وارث.

الشافعية: النفقة على الفروع.

مثال:

أخت شقيقة وابن بنت: النفقة على الوارث وهي الأخت الشقيقة عند الحنابلة لأنها الوارثة، وتجب على ابن البنت عند الحنفية والشافعية مع أنه غير وارث.

إجتماع الحواشي مع الأصول:

الحنابلة: النفقة على الوارث بمقدار ميراثه.

الحنفية: تجب النفقة عليهم حسب الميراث إذا كان الكل وارثاً، وإن كان البعض وارثاً والآخر غير وارث كانت النفقة على الأصول.

الشافعية: النفقة على الأصول.

ما تشتمل عليه النفقة ومقدارها:

النفقة تشتمل على الطعام واللباس والمسكن ونفقة المعالجة والخادم لمن يكون لأمثاله خدم، كما تشمل نفقة التعليم.

وتقدر النفقة في جميع ما سبق حسب حال المنفق يسراً وعسراً على أن لا تقل عن مقدار الكفاية، كما جاء في المادة [١٦٩].

وعند الاختلاف في اليسار والإعسار فإنها ترجح بينة اليسار إلا في حالة إدعاء الإعسار الطارىء

فترجح بينه مدعية. كما نصت على ذلك المادة [١٧٤].

وهل تشتمل النفقة على التزويج ونفقة الزوجة ؟

ذهب الحنابلة والمالكية والشافعي في أرجح القولين إلى أنه إذا وجبت نفقة الأب على الابن واحتاج الأب إلى الإعفاف وجب على الابن إعفاف والده بتزويجه وذلك: لأن الزواج مما تدعو الحاجة إليه كالنفقة[١].

وذهب أبو حنيفة والشافعي في قول آخر إلى أنه لا يجب عليه ذلك، لأنه من الملاذ فلم تجب للأب على الابن كالحلواء، ولأنه أحد الأبوين فلم يجب ذلك كالأم. وحيث قلنا بأنه يجب على الابن إعفاف أبيه، ووجب عليه أن ينفق على زوجة أبيه عند إعسار الأب[٢].

وهل يجب على الأب إعفاف الابن ؟

ذهب الحنابلة وبعض الشافعية إلى أنه يجب على الأب الموسر إعفاف ابنه المعسر إذا كانت عليه نفقته[٣]. وذهب الشافعية إلى أنه لا يجب عليه ذلك[٤].

وهل يجب إعفاف كل قريب تلزم نفقته على قريبه ؟

ذهب الحنابلة إلى أنه يجب إعفاف كل من لزمته نفقته من جد وأخ وعم أو غيرهم. وذهب الشافعية بناء على الراجح أنه يلزم الابن إعفاف جده كالأب، وكل من يلزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته، لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك[٥].

سقوط النفقة بمضي الزمان:

إن مضت مدة ولم ينفق من تلزمه النفقة على قريبه فإن النفقة لا تصير ديناً عليه، لأنها وجبت عليه لرفع الحاجة، وقد زالت الحاجة بمضي المدة للزمن السابق فسقطت. وقد نصت المادة [١٧٥] على أن النفقة تفرض من تاريخ الطلب.

تحليف طالب النفقة اليمين:

إذا كان من تجب عليه النفقة غائباً أو حضر المحاكمة ولكنه تغيب قبل الإجابة عن موضوع الدعوى فإنه يحلف اليمين على أنه لم يستوف النفقة سلفاً، وقد نصت المادة [١٧٦] على ذلك حيث جاء فيها: إذا كان المفروض عليه النفقة من الأصول أو الفروع أو الأقارب غائباً أو حضر المحاكمة وتغيب قبل الإجابة عن موضوع الدعوى يحلف طالب النفقة اليمين على أنه لم يستوف النفقة سلفاً.

---

(١) المغني (٨/ ١٨٩)، وتكملة المجموع (١٨/ ٣٠٢)، المهذب (٢/ ١٦٦)، وروضة الطالبين (٩/ ٨٦)، وفتح الوهاب (٣/ ٥٢)، وحاشية الخرشي (٢/ ٢٣٠)، والهداية (٢/ ٤٩).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) روضة الطالبين (٩/ ٨٦)، والمغني (٨/ ١٨٩).

(٤) المرجعين السابقين.

(٥) المرجعين السابقين.

المراجع

- ابن حنبل- حياته وعصره، آراءه الفقهية: الامام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة.
- أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين: حلمي بطرس.
- أحكام القرآن: أبو بكر محمد بن عبدالله (ت ٥٤٣هـ)، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٧٢، القاهرة طبعة دار المعرفة، بيروت.
- أحكام القرآن: أبي بكر أحمد بن علي الرازي (٣٧٠هـ)، طبعة دار احياء التراث -طبعة دار الكتاب العربي.
- الأحوال الشخصية: الإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي- القاهرة.
- الأحوال الشخصية: محمد زكريا البرديسي، دار النهضة العربية- القاهرة.
- الأحوال الشخصية: محمد محيى الدين عبد الحميد.
- الأحوال الشخصية: محمد مصطفى شحاتة الحسيني، مطبعة دار التأليف بمصر، ط.ق.٥، سنة ١٩٦٩.
- الأحوال الشخصية: مصطفى السباعي:
- الأحوال الشخصية: أحمد الغندور، الطبعة الثالثة، سنة ١٤٠٥هـ، مكتبة الفلاح.
- الأحوال الشخصية لغير المسلمين، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب:
- جميل الشروقاوي، طبعة دار الفكر، بيروت.
- الاختيار لتعليل المختار: عبدالله بن مودود الموصلي (ت٦٨٣هـ)، مصطفى البابي الحلبي، ط٢، سنة ١٩٥١.
- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك: أبو بكر بن حسن الكشناوي، الطبعة الثانية، عيسى البابي الحلبي، القاهرة.
- الإقناع في حلي الفاظ أبي شجاع: محمد بن أحمد الخطيب (ت٩٩٧هـ) الطبعة الأولى، سنة ١٩٥٢م، مطبعة السعادة، القاهرة، تصوير دار المعرفة، بيروت.
- الأم: الامام محمد بن ادريس الشافعي (ت٢٠٤هـ)، الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣هـ، دار المعرفة، بيروت، وطبعة دار القلم، بيروت.
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علاء الدين بن علي بن سليمان، تحقيق محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى، سنة ١٣٧٦هـ، مطبعة السنة المحمدية، تصوير دار احياء التراث العربي، بيروت.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زيد الدين ابراهيم ابن نجيم (ت٩٧٠هـ).
- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: أحمد بن يحيى المرتضي اليماني، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت.

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن رشد (ت ٥٩٥هـ) دار المعرفة بيروت.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرايع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت٥٨٧هـ)، الطبعة الأولى لسنة ١٣٢٨هـ، القاهرة، تصوير ونشر دار الكتاب العربي، بيروت ١٩٨٢، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت.
- بلغة السالك لأقري المسالك على شرح الصغير: للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي (ت ١٢٤١هـ)، دار المعرفة- بيروت.
- التاج والاكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف العيدري (ت٨٩٧هـ) مطبوع مع مواهب الجليل، الطبعة الأولى سنة ١٣٩٢هـ، مطبع السعادة، مصر، نشر دار الفكر، بيروت.
- تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق: للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار المعرفة، بيروت سنة ١٣١٣.
- تحفة الطلاب: زكريا الأنصاري، طبعة دار الفكر، بيروت.
- تحفة الفقهاء: علاء الدين محمد السمرقندي (ت٥٣٩هـ)، الطبعة الأولى، سنة ١٣٧٧هـ، طبعة جامعة دمشق، والطبعة الأولى سنة ١٩٨٤م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الترغيب والترهيب: للحافظ زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري (٦٥٦هـ)، ط٢، سنة ١٩٦٨، دار احياء التراث العربي بيروت.
- تكملت المجموع شرح المهذب: محمد نجيب المطيعي، طبعة مصورة عن طبعة القاهرة سنة ١٩٦٦، دار الفكر بيروت.
- تهذيب التهذيب: ابن حجر العسقلاني (ت٩٥٢هـ)، الطبعة الأولى ١٣٢٦هـ.
- الجامع لأحكام القرآن: أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري (ت٦٧١هـ)، الطبعة الثالثة، سنة ١٣٨٧هـ، دار الكتب المصرية، وطبعة دار احياء التراث العربي، ١٤٠٥هـ، بيروت.
- جواهر الاكليل شرح مختصر الشيخ خليل: للشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري، طبعة دار المعرفة- بيروت.
- حاشيتان على منهاج الطالبين: الاولى لشهاب الدين أحمد بن سلامة القليوبي (ت١٠٦٩هـ) والثانية لشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة (ت٩٥٧هـ)، الطبعة الرابعة: مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، نشر دار الفكر، بيروت.
- حاشية الباجوري على شرح ابن قاسم: الشيخ ابراهيم الباجوزي، مطبعة محمد علي صبيح، سنة ١٩٥٧م.
- حاشية البجيرمي على الخطيب: سليمان بن عمر بن محمد البيجرمي (ت١٢٢١هـ)، طبعة دار المعرفة، ١٣٩٨هـ، وطبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٦٩هـ، القاهرة.
- حاشية الجمل على جلال الدين المحلي: الشيخ سليمان الجمل، طبعة دار احياء التراث العربي، بيروت.

- حاشية الحطاب على مختصر خليل: أبو عبدالله محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت٩٤٥هـ) الطبعة الثانية، سنة ١٣٩٨هـ، دار الفكر، بيروت.
- حاشية الخرشي على مختصر خليل: الشيخ أبو عبدالله محمد بن عبدالله الخرشي (ت١١٠١هـ)، الطبعة الثانية، دار صادر، بيروت.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة (ت١٢٣٠هـ) المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة.
- حاشية سعدي جلبي على الهداية وشرح العناية: للشيخ سعدالله بن عيسى الشهير بسعدي جلبي، المتوفي سنة ٩٤٥هـ مطبوعة مع فتح القدير.
- حاشية الشلبي على تبين الحقائق: للشيخ الشلبي، مع تبين الحقائق عن المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر سنة ١٣١٣هـ.
- حاشية العناية على الهداية: أكمل الدين محمد بن محمود (ت٧٨٦هـ)، مطبوع مع فتح القدير، الطبعة الاولى، سنة ١٣١٩هـ، المطبعة الميمنية، مصر، نشر دار احياء التراث العربي، بيروت.
- الدر المختار شرح تنوير الأبصار: الحصكفي (ت١٠٨٨هـ)، مطبوع مع الدر المختار، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت.
- الروض المربع شرح زاد المستنقع: منصور بن يونس بن ادريس (ت١٠٥١هـ)، مكتبة الرياض الحديثة، وطبعة دار الفكر، بيروت ١٩٨٢.
- الروضة الندية شرح الدرر البهية: أبو الطيب صديق بن حسن القنوجي، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٨هـ.
- رد المحتار حاشية ابن عابدين: محمد أمين الشهير بابن عابدين، (ت١٢٥٢هـ)، طبعة دار احياء التراث العربي- بيروت.
- روضة الطالبين: أبو زكريا يحيى بن شرف (ت٦٧٦هـ)، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت.
- زاد المحتاج بشرح المنهاج: عبد الله بن الشيخ حسن الحسن، تحقيق عبدالله ابن ابراهيم الأنصاري، الطبعة الأولى، المكتبة العربية، بيروت.
- زاد المعاد في هدى خير العباد: شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي (ت٧٥١هـ)، الطبعة الأولى، سنة ١٣٩١هـ، والطبعة الثالثة عشر ١٤٠٦هـ، مؤسسة الرسالة بيروت، تحقيق شعيب الأرناؤوط.
- سبل السلام شرح بلوغ المرام: للامام محمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعائي المعروف بالأمير (ت١١٨٢هـ)، طبعة دار الفكر بيروت.
- السنن الكبرى: للحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، (ت٤٥٨هـ)، دائرة المعارف العثمانية، حيدر اباد الهند.

- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: محمد بن علي (ت١٢٥٠هـ)، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٥هـ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، وطبعة دار الجليل، بيروت، سنة ١٩٧٣.
- سنن ابن ماجه: الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (ت٢٧٥هـ)، تصوير عن طبعة عيسى البابي الحلبي (١٩٥٤)، نشر المكتبة العلمية، بيروت، وطبعة دار الفكر، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.
- سنن أبي داود: الحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني (ت٢٧٥هـ)، الطبعة الأولى، سنة ١٣٨٨هـ، دار الحديث، حمص، سورية.
- سنن الترمذي: الحافظ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت٢٩٧هـ)، الطبعة الأولى، نشر دار الكتب العلمية، بيروت، تحقيق أحمد شاكر، وطبعة دار الفكر، بيروت.
- سنن الدارقطني: علي بن عمر الدارقطني (ت٣٨٥هـ)، طبعة دار المحاسن، سنة ١٣٨٦هـ.
- سنن الدرامي: للامام أبي عبدالله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام ابن عبد الرحمن الدرامي (ت ٢٥٥هـ)، دار الكتب العلمية بيروت.
- سنن النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت٢٧٩هـ)، دار احياء التراث بيروت.
- الشرح الصغير على أقرب المسالك: مطبوع بما حث بلغة المسالك، للقطب الشهير أحمد بن أحمد الدردير، دا المعرفة- بيروت.
- الشرح الكبير: مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، أحمد بن محمد أحمد الدردير (ت١٢٠هـ)، دار احياء الكتب العربية بمصر.
- شرح الزرقاني على الموطا: محمد الزرقاني (ت١٠٩٩هـ)، الطبعة الأولى، سنة ١٣٩٨، القاهرة، دار المعرفة، بيروت.
- شرح العناية على الهداية: للشيخ محمد بن محمود البابرتي، المتوفي سنة ٧٨٦هـ، مطبوعة مع فتح القدير.
- شرح فتح القدير: للامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن همام، (ت ٦٨١هـ) طبعة دار احياء التراث العربي بيروت.
- شرح النيل وشفاء العليل: محمد بن يوسف أطفيش، الطبعة الثانية، سنة ١٣٩٢هـ، دار الفتح، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة ١٤٠٥هـ، مكتبة الإرشاد.
- صحيح مسلم: بشرح الامام النووي، المطبعة المصرية ومكتبتها طبعة سنة ١٣٩٠هـ.
- الطوائف الملية: أحمد صفوت.
- طلبة الطلبة: أبو حفص نجم الدين عمر بن محمد بن أحمد بن اسماعيل (ت٥٣٧هـ)، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٦هـ، دار القلم، بيروت.
- عون المعبود: شرح سنن أبي داود: أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، الطبعة الثانية، سنة ١٣٨٨هـ، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.

- الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز: للامام محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي (-٨٢٧هـ) طبع بهامش الفتاوي الهندية بالأوفست ١٩٧٣م، دياربكر- تركيا.
- الفتاوى الكبرى: تقي الدين أحمد بن تيمة (ت٧٢٨هـ)، طبعة مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
- الفتاوي الهندية: العلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار احياء التراث العربي بيروت ١٩٨٣.
- الفقه الإسلامي وأدلته: د. وهبة الزحيلي، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٥هـ، دار الفكر، دمشق.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري: أبو عبدالله محمد بن اسماعيل (ت٢٥٦هـ)، طبعة المكتبة السلفية، القاهرة، وطبعة دار المعارف، بيروت.
- فتح الخالق على البحر الرائق: للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين- مطبوع مع البحر الرائق.
- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: للشيخ أبي يحيى زكريا الأنصاري- المتوفي سنة ٩٢٥هـ، دار المعرفة - بيروت.
- قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية: محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي الكلبي (ت ٧٤١هـ)، الطبعة الأولى، عالم الفكر، بيروت.
- الكافي في فقه أهل المدينة: أبو عمر بن عبد البر النمري القرطبي (ت٤٦٣هـ)، طبعة سنة ١٣٩٩هـ، دار الهدي، القاهرة.
- كشاف القناع: منصور بن يونس بن ادريس (١٠٥١هـ)، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٣هـ، طبعة الرياض.
- كشف الخفاء مزيل الإلباس عما اشتهر عن الأحاديث على ألسنة الناس: الشيخ اسماعيل بن محمد العجلوني، الطبعة الثالثة، سنة ١٤٠٣هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- كفاية الأخيار: أبو بكر بن محمد الحصني الحسيني الدمشقي (ت٨٢٩هـ)، طبعة دار الفكر، وطبعة دار المعرفة، بيروت.
- لسان العرب: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (ت٦٣٠هـ)، الطبعة الأولى، سنة ١٣٧٥هـ، دار صادر، بيروت.
- المبدع في شرح المقنع: أبو اسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد (ت٨٨٤هـ)، الطبعة الأولى، سنة ١٣٩٩هـ، المكتب الإسلامي، بيروت.
- المبسوط: شمس الدين محمد بن أبي سهل (ت٤٨٣هـ)، طبعة السعادة، القاهرة، الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٨م، تصوير دار المعرفة، بيروت.
- المحلى بالآثار: لابن حزم، الطبعة المتيريه القاهرة سنة ١٣٥٠هـ.
- المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا.
- المسند: أحمد بن حنبل (ت٢٦٤هـ)، طبعة المكتب الإسلامي، سنة ١٣٩١هـ.
- المصباح المنير: محمد بن أبي بكر الرازي (ت٦٦٦هـ)، مكتبة النوري، دمشق.

- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي: أحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي (ت ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية، بيروت.
- المصنف: للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، (٢١١هـ) منشورات الحلبي العلمي سنة ١٩٧٠م، ط١، المكتب الإسلامي- بيروت.
- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، اخراج مجموعة من العلماء، مطبعة مصر ١٩٦٠م.
- المغني على مختصر الخرقي: لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، (ت٦٢٠هـ)، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٤هـ، دار الفكر بيروت.
- المنهاج: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، من علماء القرن السابع الهجري، طبعة دار احياء الكتب العربية، القاهرة.
- المهذب: لأبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي- طبعة مطبعة عيسى البابي وشركاه بمصر، (ت٤٧٦هـ).
- الموطا مع شرح الزرقاني: الامام مالك بن أنس، طبعة دار الفكر، بيروت.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: عبدالله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، الطبعة ١٣١٩هـ، دار احياء التراث العربي، بيروت.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (ت٨٠٧هـ)، الطبعة الثانية، ١٩٦٧م، دار الكتاب، بيروت.
- مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج: للشيخ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، (ت٩٩٧هـ)، دار الفكر بيروت.
- المقنع وحاشيته: للامام موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي- والحاشية بخط الشيخ سليمان بن الشيخ عبدالله بن الشيخ محمد عبد الوهاب، المطبعة السلفية.
- منح الجليل على مختصر خليل: الشيخ محمد عليش، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، بيروت.
- منحة الخالق على البحر الرائق: للشيخ محمد بن أمين الشهير بابن عابدين، مطبوع مع البحر الرائق.
- منهاج المسلم: أبو بكر الجزائري، دار المكتب السلفية، القاهرة، ١٤٠٦هـ.
- نيل الأوطار شرح منقى الأخبار: للشيخ محمد بن علي الشوكاني، ط٢، سنة ١٩٦١، مصطفى البابي الحلبي، مصر.
- الهداية شرح بداية المبتدي: للشيخ برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر عبد الجليل الرشدان الموغناني، (ت٥٩٣هـ) مصطفى البابي الحلبي- مصر.
- الوجيز في الحقوق الرومانية: محمد معروف الدواليبي.

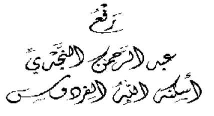
فهرس الموضوعات

القسم الأول

القسم الثاني
في إنحلال عقد الزواج

القسم الثالث

في الاثار المترتبة على التفريق بين الزوجين والولادة



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس